Паленко Н.
Нормативный характер права...

1905

ИГЛ — Библиотека
ИГ 11.6
П 169

*Проф. П. И. ЛАЛЕНКО.*

И Г 116
П 169

# НОРМАТИВНЫЙ ХАРАКТЕРЪ ПРАВА

## И

## ЕГО ОТЛИЧИТЕЛЬНЫЕ ПРИЗНАКИ.

Изданіе 2-ое, дополненное.

ЯРОСЛАВЛЬ.
Типографія Губернскаго Правленія.
1905.

*Проф. Н. И. ПАЛІЕНКО.*

X

# НОРМАТИВНЫЙ ХАРАКТЕРЪ ПРАВА

И

# ЕГО ОТЛИЧИТЕЛЬНЫЕ ПРИЗНАКИ.

Изданіе 2-ое, дополненное.

С.С.С.Р.
ИНСТИТУТ
К. Маркса и Ф. Энгельса
Ц.И.К.

ЯРОСЛАВЛЬ.
Типографія Губернскаго Правленія.
1905.

П.
Н.
ИНВЕНТАРИЗАЦИЯ
2008
ИГ 116
П 169 Р
БИБЛИОТЕКА
ИМЭЛ
Ц.К.В.К.П.(б)
1476
/25
5936у

Печатано по опредѣленію Совѣта Демидовскаго Юридическаго Лицея.
Директоръ Лицея *Э. Берендтсъ.*

На языкѣ народа, въ общежитіи, слово «право» и соотвѣтствующіе ему термины въ иностранныхъ языкахъ употребляются въ весьма разнообразныхъ значеніяхъ. Съ этимъ словомъ соединяютъ обыкновенно представленіе о должномъ, какъ справедливомъ, правильномъ (отсюда и прилагательныя: «правый», «правъ») въ человѣческихъ отношеніяхъ, или о чемъ то властномъ, правящемъ человѣческими отношеніями, регулирующемъ ихъ (отъ слова «править»). Въ общемъ, такимъ образомъ, подъ словомъ «право» разумѣютъ извѣстный порядокъ въ людскихъ отношеніяхъ, при чемъ часто совершенно не различаютъ, основанъ ли этотъ порядокъ и вытекающія изъ него полномочія и притязанія (которыя также называютъ правомъ) и соотвѣтствующія обязанности на религіозныхъ, нравственныхъ предписаніяхъ (смѣшеніе права съ религіей и нравственностью), на какихъ либо другихъ условныхъ правилахъ поведенія въ обществѣ (такъ называемыя конвенціональныя правила, правила приличія, простые обычаи) или же они имѣютъ въ своемъ основаніи отличныя отъ нихъ, своеобразныя, правила, нормы человѣческихъ отношеній. Часто мы видимъ далѣе отождествленіе порядка отношеній, называемаго правомъ, съ законами природы, съ природными свойствамм человѣческаго существа и даже животныхъ (физической силой, право жить, дышать, указываемое Спинозой, право крупныхъ животныхъ уничтожать мелкихъ, право рыбъ плавать и т. д.). Знаменитый отвѣтъ вождя галловъ: «я ношу свое право на остріѣ своего меча» представляетъ собою классическій образецъ

отождествленія права, съ матеріальной силой и насиліемъ, которое мы весьма часто встрѣчаемъ въ исторіи представленій о правѣ. Исторія философіи права даетъ намъ самые любопытные образцы смѣшенія самыхъ разнородныхъ элементовъ въ одномъ злосчастномъ понятіи права, представляющемъ, такимъ образомъ, какъ бы нѣкій рогъ изобилія, изъ котораго сыплются всевозможныя положительные и отрицательные дары природы или, вѣрнѣе, человѣческаго воображенія. При такихъ условіяхъ неудивительно, что для многихъ понятіе права остается до сихъ поръ какимъ то сфинксомъ и даже своеобразнымъ двуликимъ Янусомъ, одно лицо котораго отражаетъ въ себѣ совершенство мірового разума (такъ называемое естественное право), а другое, увы, запечатлѣло всѣ человѣческіе недостатки, невѣжество, насиліе и произволъ (такъ называемое положительное право). Если исходить изъ такого смѣшенія понятій, то, конечно. устраняется всякая возможность дать такое опредѣленіе права, которое могло бы имѣть какую-нибудь научную цѣнность, быть критеріемъ, позволяющимъ отличить право отъ другихъ явленій, не только родственныхъ, но и разнородныхъ [1]). Эта неопредѣленность понятія права и двусмысленность его терминологіи объясняется не только обычными логическими ошибками человѣческаго мышленія [2]), но въ значительной степени является результатомъ переживанія понятій и терминологіи того времени, когда относительная самостоятельность и обособленность различныхъ явленій природы и общественной жизни не могли найти еще признанія въ слабо развитомъ или невооруженномъ надлежащими научными данными сознаніи человѣчества [3]).

---

[1]) См. также о разнообразныхъ значеніяхъ популярнаго термина „право“ у Лассона: Система философіи права. Предметъ философіи права и исторія философіи права (переводъ подъ нашей редакціей стр. 2 сл.).

[2]) О нихъ см. Милль: Система логики 1867 т. II стр. 385 сл.

Ср. также Петражицкій: Очерки философіи права 1900 стр. 1 сл.

[3]) Ср. также Шершеневичъ: Курсъ гражданскаго права т. I стр. 1 сл.

Если мы желаемъ дать научное опредѣленіе права, мы должны разобраться въ тѣхъ явленіяхъ, которыя подводятся подъ понятіе права, выдѣлить изъ нихъ тѣ, которыя существенно отличаются своими признаками отъ явленій, относимыхъ безспорно къ другимъ областямъ, и включить затѣмъ существенные отличительные признаки этихъ явленій въ ихъ обобщенное опредѣленіе. Тогда лишь то, что мы назовемъ правомъ, будетъ дѣйствительно заслуживать особой, спеціальной терминологіи, и къ нему не можетъ быть отнесена терминологія, примѣняемая къ другимъ, отличающимся отъ него явленіямъ, напримѣръ, нравственности, религіи, простымъ обычаямъ и т. д.

Благодаря такому опредѣленію, мы получимъ ясное представленіе о спеціальномъ предметѣ правовѣдѣнія и руководящее начало, препятствующее намъ смѣшивать область права съ областью, хотя бы даже и родственныхъ, но все же отличныхъ отъ него явленій.

Такіе отличительные признаки, дозволяющіе выдѣлить нѣкоторыя явленія, уже давно въ народномъ языкѣ и общежитіи называемыя правомъ, въ особую группу и назвать правомъ. въ строгомъ смыслѣ слова, представляютъ собою, какъ мы постараемся доказать, лишь тѣ установившіяся въ обществѣ, своеобразныя обязательныя правила человѣческихъ отношеній, которыя уже давно принято относить къ такъ называемому положительному праву, и основными формами которыхъ являются обычное право и законы. Мы постараемся далѣе показать, что такихъ отличительныхъ признаковъ не имѣютъ, напротивъ, тѣ весьма разнообразныя сужденія, которыя подводятся иными подъ понятіе такъ называемаго «естественнаго права» или раціональнаго права.

При этомъ необходимо замѣтить, что понятіе права можетъ быть выведено именно индуктивнымъ путемъ, посредствомъ анализа и сравненія со всякими другими нормами тѣхъ своеобразныхъ объективныхъ правилъ, нормъ, которыя называютъ правомъ въ объективномъ смыслѣ.

Что же касается регулируемыхъ этими нормами отношеній, связей между субъектами, выражающихся въ извѣстныхъ полномочіяхъ, притязаніяхъ, а равно соотвѣтственныхъ имъ обязанностяхъ, то они имѣютъ юридическій характеръ, являются правовыми, лишь постольку, поскольку они вытекаютъ изъ примѣненія нормъ права къ опредѣленнымъ субъектамъ, соотвѣтствуютъ именно этимъ юридическимъ нормамъ и основаны на нихъ (такъ называемое право въ субъективномъ смыслѣ). Въ этомъ смыслѣ субъективное право можетъ быть названо правомъ лишь въ производномъ смыслѣ слова, такъ какъ право въ основномъ значеніи составляютъ нормы. Если мы обратимъ вниманіе на разнообразную массу нормъ, правилъ должнаго, опредѣляющихъ порядокъ человѣческихъ отношеній въ обществѣ, мы замѣтимъ, что среди нихъ выдѣляются своеобразныя нормы, которыя отличаются существенно отъ всякаго другого рода нормъ и представляютъ особую разновидность этическихъ нормъ въ широкомъ смыслѣ слова. Эти то нормы и составляютъ право. Что право представляетъ собою именно нормы, въ настоящее время признается огромнымъ большинствомъ ученыхъ [1]). Тѣ ученые, которые утверждаютъ, что первоначально право возникаетъ прежде всего не въ видѣ нормъ, а въ видѣ субъективныхъ полномочій, притязаній и обязанностей (пріоритетъ такъ называемаго субъективнаго права), не даютъ себѣ яснаго отчета въ томъ, на чемъ же именно основываются эти субъективныя притязанія и обязанности. А такимъ основаніемъ и являются именно образовавшіяся правила отношеній, общія сужденія о должномъ, хотя бы они еще не ясно сознавались отдѣльными личностями и различныя нормы должнаго, религіознаго, этическаго и правового характера, не различались еще въ сознаніи ихъ носителей. Совершенно справедливо замѣчаетъ поэтому В. С. Соловьевъ, что «человѣческая общественность въ самыхъ первыхъ сво-

[1]) См. также Шершеневичъ: Курсъ русскаго гражд. права т. I.

ихъ начаткахъ уже обладала объективно опредѣленными, хотя и субъективно безотчетными правовыми нормами» [1]). Поэтому такъ называемое субъективное право необходимо предполагаетъ существованіе объективнаго права, правовыхъ нормъ.

Нѣкоторые, кромѣ права въ объективномъ смыслѣ, т. е. нормъ, и права въ субъективномъ смыслѣ, стремятся установить еще особое болѣе обширное понятіе права, какъ общественнаго порядка въ смыслѣ «извѣстнымъ образомъ урегулированнаго, нормированнаго поведенія людей въ обществѣ» [2]). Тутъ, очевидно, смѣшивается юридическій бытъ съ правомъ. Общественный бытъ, регулированный правомъ, подводится подъ понятіе самого права. Противъ этого слѣдуетъ замѣтить, что именно въ нормахъ, извѣстнымъ образомъ регулирующихъ поведеніе людей въ общежитіи, а не въ самомъ этомъ поведеніи, представляющемъ лишь осуществленіе или нарушеніе права, и заключается понятіе права. Выше же указанное опредѣленіе права, какъ «извѣстнымъ образомъ нормированнаго поведенія людей» въ сущности сводится къ логически неправильному и не отвѣчающему на вопросъ «что такое право», опредѣленію: право есть нормированное правомъ поведеніе людей. Итакъ, право — нормы. Нормы эти не представляютъ собою лишь отвлеченное сужденіе о должномъ, но имѣютъ активный, волевой характеръ, предназначены къ обязательному фактическому примѣненію, осуществленію въ дѣйствительной общественной жизни являются требованіями обязательнаго соблюденія указываемаго въ нихъ порядка въ жизни. Этотъ двоякій характеръ права прекрасно выясняется извѣстнымъ нѣмецкимъ ученымъ Георгомъ Еллинекомъ.

Въ своемъ трудѣ «Право современныхъ государствъ» Георгъ Еллинекъ, указывая, что правовѣдѣніе является на-

---

[1]) В. С. Соловьевъ: Право и нравственность 1899 стр. 2.

[2]) Напримѣръ проф. Залѣсскій: Лекціи энциклопедіи права 1903 стр. 56.

укой нормативнаго характера, такъ какъ право представляетъ собой опредѣленнаго рода нормы, правила долженствованія, замѣчаетъ: «Право ведетъ двойную жизнь. Съ одной стороны, по скольку оно фактически примѣняется, право является одной изъ соціальныхъ силъ, воздѣйствующихъ на конкретную жизнь народа; съ другой стороны, оно является совокупностью нормъ, предназначенныхъ къ осуществленію, къ переходу въ дѣйствіе.

Въ этомъ послѣднемъ смыслѣ право принадлежитъ не къ области бытія, но долженствованія и состоитъ изъ понятій и положеній, которыя даютъ не познаніе дѣйствительности, но ея оцѣнку, сужденіе объ ней. [1])

Правовѣдѣніе поэтому является нормативной наукой, подобно тому какъ и логика, которая учитъ насъ не тому, какъ существуютъ вещи, но какъ онѣ должны быть мыслимы для достиженія свободнаго отъ внутреннихъ противорѣчій познанія ихъ.

Хотя дѣйствительность есть предположеніе права и почва, на которой оно постоянно должно испытываться, но право само по себѣ имѣетъ, говоритъ Еллинекъ, идеальный характеръ, правовая норма, какъ таковая, существуетъ только мысленно.

Сужденія, добытыя при посредствѣ юридическихъ нормъ, знакомятъ насъ не съ сущностью вещей, но съ отношеніемъ ихъ. Они поучаютъ насъ познавать отношенія дѣйствительности къ нормѣ. «Право и неправо не суть свойства, присущія вещамъ, но только отношенія». [2])

---

[1]) Волевой характеръ этихъ нормъ, на который здѣсь Еллинекъ не указываетъ, мы пока оставляемъ въ сторонѣ, точно также вопросъ о томъ, что нормы права представляютъ собой не одно только сужденіе и оцѣнку дѣйствительности, но велѣнія, съ которыми должны сообразоваться тѣ, къ кому эти велѣнія относятся.

[2]) Iellinek: Das Recht des modernen Staates 1900. T. 1 стр. 123.

См. также Новгородцевъ: Кантъ и Гегель въ ихъ ученіяхъ о правѣ и государствѣ. 1901 г. Стр. 136—138. Bierling: Jur. Principienlehre. 1894. B. I, стр. 30 сл., стр. 145 сл.

Воззрѣніе на право какъ на нормы въ существѣ очень старо, но философски обосновано было Кантомъ и получило дальнѣйшее развитіе у неокантіанцевъ. Но точка зрѣнія Канта на право, какъ извѣстно исходила изъ апріорнаго принципа свободы воли и категорическаго императива разума. Право у него было лишь чисто отвлеченнымъ, формальнымъ началомъ, правомъ разума (Vernunftrecht).

Положивъ въ основаніе своего ученія объ этикѣ, о нормахъ должнаго, апріорный принципъ свободы воли и законъ всеобщаго долженствованія, категорическій императивъ практическаго разума, предписывающаго свободной волѣ свои ограниченія, Кантъ старался вывести изъ нихъ и взаимно разграничить понятія морали и права какъ абстрактныя, формальныя начала чисто апріорнымъ путемъ независимо отъ изученія проявленія правовыхъ нормъ въ жизни, реальныхъ условій жизни и фактическихъ отношеній, изъ которыхъ черпаютъ свое содержаніе всѣ нормы долженствованія, и на основѣ которыхъ вырабатываются отличительные признаки и взаимное отношеніе различныхъ нормъ должнаго другъ къ другу.

Разграниченіе права и морали Канту не удалось. [1])

---

[1]) Ср. также Aguiléra: „L'idée du droit en Allemagne depuis Kant jusqu'à nos jours. 1893 стр. 51—54 и стр. 72—127.

Въ частности, по поводу мнѣнія П. И. Новгородцева, что субъективизмъ правового ученія Канта и объективизмъ Гегеля представляютъ два классическихъ типа этической мысли, взаимно восполняютъ другъ друга и въ этомъ восполненіи представляютъ цѣльную этическую систему (Новгородцевъ: Кантъ и Гегель въ ихъ ученіяхъ о правѣ и государствѣ. 1901 г. стр. 244) см. критику Л. І. Петражицкаго въ журналѣ „Право“ за 1902 г. № 42 и 43 въ ст. „Къ вопросу о возрожденіи естественнаго права и нашей программѣ“, доказывающаго, что нравственныя и правовыя ученія Канта и Гегеля находятся наоборотъ въ рѣзкой коллизіи и исключаютъ другъ друга, и что они далѣе непригодны для обоснованія правильнаго научнаго воззрѣнія на право. Соглашаясь вполнѣ съ послѣднимъ мнѣніемъ г-на Петражицкаго, мы не можемъ присоединиться къ другому его утвержденію, будто системы Канта и Гегеля находятся другъ съ другомъ въ рѣзкой коллизіи. Эти системы,

То же можно сказать о послѣдователѣ Канта, Фихте и о послѣдующихъ философскихъ системахъ такъ называемаго органическаго и идеалистическаго объективизма Шеллинга и Гегеля. Хотя послѣдніе въ своихъ философскихъ построеніяхъ стремились привести свои идеи въ связь съ объективнымъ міромъ реальныхъ отношеній, но начала, изъ которыхъ исходили эти философы были столь же апріорны и метафизичны, какъ и у Канта. Современная наука прежде всего не можетъ принимать какихъ-либо бездоказательныхъ апріорныхъ положеній и игнорировать данные опыта и наблюденія. Конечно, право, какъ и всѣ нормы, правила должнаго, нельзя отождествлять ни съ фактами дѣйствительной жизни, ни съ естественными законами, съ законами въ научномъ смыслѣ слова. Послѣдніе являются принципами, общими сужденіями, выражающими дѣйствительную и необходимую связь и зависимость (причинность) между явленіями міровой жизни и въ томъ числѣ общественными. Право же, какъ и всѣ нормы, не объясняетъ дѣйствительности, а является только правилами, нормами, выражающими не необходимо существующую связь (причинность и послѣдовательность явленій), но долженствованіе.

---

конечно, различны по своему построенію и замыслу. Самое рѣзкое отличіе Гегеля отъ Канта заключается въ отождествленіи логическихъ формъ мышленія съ законами бытія и этической идеи долженствованія съ дѣйствительностью, что наоборотъ рѣзко разграничиваетъ Кантъ, но въ своемъ этическомъ ученіи Гегель исходитъ, какъ и Кантъ, изъ апріорнаго начала разума и самоопредѣляющейся свободной воли личности. Онъ стремится лишь связать это субъективное начало съ объективнымъ міровымъ началомъ, какъ діалектически развивающейся абсолютной идеей. Подобно Канту, Гегель видитъ въ правѣ и государствѣ осуществленіе абсолютныхъ началъ разума и свободы; и если объективизмъ Гегеля приводитъ его къ поглощенію субъективнаго начала объективнымъ и преклоненію передъ дѣйствительностью государственной жизни то и субъективизмъ Канта не помѣшалъ ему придти къ заключенію, что безусловное повиновеніе и преклоненіе передъ волей государственной власти, какова бы она не была, составляетъ священную обязанность гражданина и категорическое предписаніе самого разума, такъ какъ власть эта призвана осуществлять законы этого разума въ общественныхъ отношеніяхъ.

Здѣсь будетъ умѣстно вкратцѣ указать результаты весьма интереснаго и глубокаго изслѣдованія извѣстнаго современнаго философа Вильгельма Виндельбанда о соотношеніи нормъ и законовъ природы. [1])—На основаніи законовъ природы, говоритъ онъ, мы объясняемъ факты, на основаніи нормъ мы ихъ одобряемъ или осуждаемъ. Законы природы принадлежатъ познающему разуму, нормы—оцѣнивающему разуму.

Норма никогда не можетъ быть принципомъ объясненія точно также, какъ законъ природы—принципомъ оцѣнки. Однако нормы и законы природы хотя и не тождественны, но и не совершенно различны: между нимъ есть связь и соприкосновеніе. Нормы именно—особая форма проявленія нашей душевной жизни, нашего сознанія, ставящаго цѣли. Онѣ представляютъ собой выборъ изъ опредѣленныхъ естественными законами (законами природы) возможностей и являются поэтому лишь особенной формой осуществленія законовъ природы. Система нормъ—выборъ изъ необходимаго множества тѣхъ разнообразныхъ комбинацій, въ которыхъ могутъ проявляться естественные законы психической жизни.

Логическія нормы—выборъ изъ возможныхъ формъ ассоціаціи представленій, нормы этическія—выборъ изъ возможныхъ формъ мотиваціи, нормы эстетическіе—выборъ изъ возможныхъ формъ дѣятельности чувства.

То, что норму во всѣхъ случаяхъ обращаетъ для насъ въ таковую, это—отношеніе къ цѣли, ссстоящей въ общеобязательности (Allgemeingültigkeit). Здѣсь рѣчь идетъ не о фактической общеобязательности, такъ какъ это было бы лишь проявленіемъ естественно-закономѣрной необходимости, но о требованіи общеобязательности. Мы можемъ слѣдова-

---

[1]) W. Windelband: Präludien II Ausgabe 1903: Normen und Naturgesetze стр. 249—287.

Русскій переводъ С. Франка: проф. Виндельбандъ. Прелюдіи. 1904 стр. 195—225.

тельно точнѣе опредѣлить существо нормы, какъ той формы осуществленія естественныхъ законовъ душевной жизни, которая должна признаваться въ предположеніи общеобязательности, какъ цѣли. Цѣль логической закономѣрности состоитъ въ общеобязательной истинѣ, т. е. въ цѣнности, долженствующей быть всѣми признанной, какъ различающей логическія формы мышленія отъ другихъ возможныхъ въ естественно-закономѣрномъ процессѣ мышленія комбинацій. То же самое повторяется въ этической и эстетической закономѣрности. Нравственный законъ требуетъ такой мотивації, которая можетъ быть одобрена съ притязаніемъ на общеобязательность; эстетическая норма требуетъ такого возбужденія чувства, которое въ предположеніи общеобязательности можетъ характеризовать свой объектъ, какъ красивый. Такимъ образомъ нормы и законы природы—не тождественны, но и не противорѣчатъ другъ другу. Представляя собою выборъ изъ опредѣленныхъ законами природы возможностей, нормальное сознаніе не требуетъ ни того, чтобы нѣчто всегда происходило именно такъ, какъ происходитъ теперь, ни того, что совершенно не можетъ произойти; оно одобряетъ одно изъ происходящаго и отвергаетъ другое.

Нормы—это принципы оцѣнки чужой дѣятельности и ея объектовъ и самооцѣнки. При этомъ логическія и этическія нормы могутъ и должны быть не только принципами оцѣнки, но у цѣлесообразно дѣйствующаго, свободно думающаго и сознательно хотящаго индивидуума могутъ быть основаніями, опредѣляющими соединеніе представленій и рѣшенія воли. То, что нормы должны дѣйствовать, представляется въ эмпирическомъ сознаніи какъ непосредственная очевидность, которая не можетъ быть объяснена абсолютно, но просто только принята; но то обстоятельство, что нормы дѣйствительно дѣйствуютъ, признаются и полагаются въ основу оцѣнивающей дѣятельности—это фактъ эмпирической душевной жизни. Этотъ фактъ можетъ быть такъ же объяс-

ненъ, какъ и всякій любой фактъ, и поэтому не устраняется возможность разсматривать фактическое признаніе нормъ и какъ результатъ процесса естественнаго подбора. [1]) Но какъ доказываетъ Виндельбандъ, такое объясненіе дѣйствія нормъ посредствомъ естественнаго подбора, борьбы за существованіе и приспособленія недостаточно, такъ какъ нормативное сознаніе въ своемъ историческомъ движеніи не только сохраняется, но и растетъ, углубляется и облагораживается (verfeinert), и помимо увеличенія эмпирической жизнеспособности и силы самосохраненія его носителей. Поэтому, замѣчаетъ Виндельбандъ, нормативное сознаніе, какъ таковое, основывается на присущей ему непосредственной и самостоятельной силѣ, независимой отъ всѣхъ побочныхъ воздѣйствій и которая обращаетъ совѣсть, разъ только она вступила въ дѣйствіе, въ самостоятельную психологическую силу, выступающую въ качествѣ новаго фактора въ движеніи душевной жизни. Лишь имѣя это въ виду, можно понять истинную природу и психологическое значеніе нормъ. —

Въ этихъ разсужденіяхъ Виндельбанда [2]) мы усматриваемъ вполнѣ основательный отвѣтъ тѣмъ одностороннимъ теоріямъ, которыя, упуская изъ виду психическую природу нормъ и общества, объясняютъ происхожденіе и развитіе нормъ, въ частности нравственности и права, исключительно внѣшними условіями и всецѣло посредствомъ біологическихъ принциповъ естественнаго отбора, борьбы за существованіе и приспособленія. [3])

---

[1]) Windelband. Назв. соч. стр. 265 сл. Интересное изслѣдованіе психологической природы и дѣйствія нормъ см. у Петражицкаго: О мотивахъ человѣческихъ поступковъ, въ особенности объ этическихъ мотивахъ и ихъ разновидностяхъ 1904.

[2]) Ср. также Новгородцевъ: Нравственный идеализмъ въ философіи права. Сборникъ проблемы идеализма стр. 264.

В. Вагнеръ: Изъ исторіи Дарвинизма въ соціологіи (Русская мысль 1904 августъ).

Карѣевъ: Введеніе въ изученіе соціологіи 1897 гл. III и XVI.

[3]) Изъ новѣйшихъ см. H. Matzat: Philosophie der Anpassung mit be-

Мы привели эти разсужденія Виндельбанда, такъ какъ, по нашему мнѣнію, они наиболѣе глубоко характеризуетъ не только различіе, но и то, что для насъ особенно важно—связь между нормами, а, слѣдовательно, и нормами права и естественными законами. Представляя собой лишь особую форму осуществленія естественныхъ законовъ душевной жизни человѣка, право зависитъ и отъ всѣхъ тѣхъ условій, подъ вліяніемъ которыхъ развивается эта жизнь Но разъ это такъ, то дѣйствительная жизнь, фактическія отношенія во всемъ ихъ разнообразіи, являются необходимымъ предположеніемъ этихъ нормъ, почвой, на которой право дифференцируется отъ другихъ нормъ, развивается, черпаетъ свое содержаніе, и къ которой оно примѣняется. Общіе законы общественной жизни дѣйствуютъ и въ области права. Право не выходитъ изъ предѣловъ закономѣрности явленій. Право, слѣдовательно, не можетъ быть понято внѣ связи съ фактами и условіями дѣйствительной жизни. Великая заслуга исторической школы права заключается въ утвержденіи принципа закономѣрности въ развитіи права, въ выясненіи важности научнаго изученія положительнаго права. Великая заслуга Іеринга и дальнѣйшаго позитивнаго направленія въ правѣ заключается далѣе въ выясненіи закономѣрнаго процесса развитія права, въ выясненіи вопроса, какъ творческая дѣятельность человѣческаго сознанія въ области права необходимо обусловлена условіями, потребностями и интересами дѣйствительной жизни человѣка и сознательными цѣлями, преслѣдуемыми людьми въ области общественныхъ отношеній.

Норма права не выражаетъ собой только одно сужденіе [1]), оцѣнку дѣйствительности или отвлеченную идею долга и обязанности, но, какъ велѣніе, какъ норма, обязательно

senderer Berücksichtigung des Rechtes und des Staates въ сборникѣ Natur und Staat. Beiträge zur naturwissenshaftlichen Gesellschaftslehre 1903. B. 1.

Залѣсскій: Лекціи по энциклопедіи права 1903 стр. 35 сл.

[1]) Какъ это думаетъ неправильно Zittelman: Irrthum und Rechtsgeschäft 1879 г. стр. 222—223.

примѣняемая къ фактическимъ отношеніямъ людей, находитъ также свое осуществленіе, конкретное выраженіе, въ опредѣленномъ строѣ отношеній и учрежденій въ данномъ общественномъ союзѣ. Поэтому, хотя нормы права не даютъ объясненія дѣйствительности, а только оцѣнку, указаніе на то, каковъ долженъ быть порядокъ общественныхъ отношеній, но, такъ какъ нормы права не только возникаютъ на почвѣ жизненныхъ отношеній, но и обязательно регулируютъ ихъ, являются общественной силой, осуществляются въ жизни, мы можемъ на основаніи права до извѣстной степени судить о дѣйствительномъ строѣ отношеній, существующихъ въ данное время или существовавшихъ прежде. Будучи продуктомъ общественной жизни, право въ значительной степени находитъ въ ней свое осуществленіе и является въ тѣхъ или другихъ отношеніяхъ отраженіемъ самой жизни въ каждый данный моментъ ея развитія [1]), а также содержитъ въ себѣ отпечатокъ пережитаго прошлаго.

Поэтому при посредствѣ права (особенно обычнаго права) можно судить не только о томъ, какъ должны были быть регулируемы общественныя отношенія въ такое то время, но и въ извѣстной мѣрѣ о томъ, каковы они дѣйствительно были. Вотъ почему и пожелтѣвшіе уже отъ древности пергаменты съ написанными въ нихъ старинными законами являются въ связи съ другими источниками важнымъ средствомъ къ возстановленію картины жизни уже давно сошедшихъ съ лица земли народовъ.

Зарождаясь вмѣстѣ съ первыми общественными группами на землѣ, право измѣняется и развивается по мѣрѣ развитія этихъ группъ, опредѣляя и направляя взаимныя отношенія членовъ каждой группы и отдѣльныхъ общественныхъ группъ между собой. Представленіе о какомъ то неизмѣнномъ и абсолютномъ правѣ природы и разума, о естественныхъ, неотчуждаемыхъ, прирожденныхъ правахъ чело-

[1]) Ср. Tarde: Les transfarmations du droit 1893 стр. 203 сл.

вѣка, которое мы встрѣчаемъ въ ученіяхъ естественнаго права еще съ древнихъ временъ, и которое торжественно провозгласила вслѣдъ за сѣверо-американскими биллями о правахъ знаменитая французская декларація правъ человѣка и гражданина, является чисто апріорной предпосылкой, иллюзіей политическихъ мечтателей и плодомъ чисто метафизическихъ размышленій, совершенно не считающихся съ фактами дѣйствительной жизни или съ данными исторіи. Смыслъ этихъ деклараций заключается въ протестѣ противъ мрачной дѣйствительности, противъ деспотизма власти, въ стремленіи охранить элементарныя условія развитія личности, но принципы, положенные въ основу этого протеста, иллюзорны.

Существованіе права предполагаетъ у людей сознаніе ихъ взаимныхъ правъ и обязанностей; могло ли оно быть въ томъ дикомъ состояніи, въ которомъ жилъ первобытный человѣкъ, жизнь котораго ничѣмъ не отличалась отъ жизни дикихъ звѣрей.

Инстинктъ самосохраненія и голая сила, война всѣхъ противъ всѣхъ «bellum omnium contra omnes», въ которой человѣкъ человѣку—волкъ, какъ выражался когда то Гоббесъ, только и могли быть рѣшающими факторами въ той обособленной, одинокой, дообщественной жизни, которую велъ первобытный человѣкъ.

Говорить логично о существованіи права въ такое время можетъ лишь тотъ, кто смѣшиваетъ право съ простыми природными свойствами или съ физической силой. Въ такомъ смыслѣ, напримѣръ, говорили софисты о правѣ сильнаго, а Спиноза въ 17-мъ вѣкѣ писалъ даже о естественномъ правѣ рыбъ плавать и правѣ крупныхъ рыбъ пожирать мелкихъ [1]).

Фантастическій золотой вѣкъ господства естественнаго права въ дообщественномъ состояніи, такъ вдохновлявшій

---

[1]) У нѣкоторыхъ же писателей такъ называемое первоначальное естественное право было сознательной фикціей, которую они принимали для облегченія построенія своихъ правовыхъ системъ.

Жанъ-Жака Руссо и другихъ идеалистовъ школы естественнаго права, былъ вѣкомъ полнаго безправія и господства грубой силы, царствомъ ничѣмъ не умѣряемой безпощадной борьбы за существованіе съ девизомъ «горе слабымъ и побѣжденнымъ».

Но эта самая борьба за существованіе вынуждала людей соединяться въ группы, въ союзы, такъ какъ инстинктъ самосохраненія мощно указывалъ людямъ на необходимость сплоченія, соединенія въ союзы, для болѣе успѣшнаго веденія борьбы и для самозащиты. Но такое соединеніе требуетъ уже извѣстныхъ взаимныхъ уступокъ, признанія взаимныхъ интересовъ, хотя бы нѣкотораго замиренія борьбы. Будетъ ли это муравейникъ, пчелиный улей, стая птицъ, стадо звѣрей или орда кочевниковъ, или даже союзъ временно сожительствующихъ мужчинъ и женщинъ, всѣ такія соединенія, какъ справедливо замѣчаетъ М. Ковалевскій, являются до извѣстной степени замиренными группами, въ которыхъ борьба замѣняется большей или меньшей солидарностью, сознаніемъ общности интересовъ и взаимной зависимости членовъ группы другъ отъ друга [1]). Этимъ обусловливается образованіе извѣстныхъ общихъ правилъ поведенія въ такой группѣ. Но должно замѣтить, что борьба эта не прекращается. Въ самой такой замиренной группѣ продолжаетъ существовать различіе интересовъ: на почвѣ постоянно измѣняющихся условій, интересовъ и потребностей жизни, постоянно возобновляется и продолжается коллизія интересовъ, которая требуетъ постоянно новаго приспособленія къ жизни, новыхъ уступокъ и компромиссовъ, и, слѣдовательно, постояннаго образованія и развитія общихъ правилъ, нормъ, регулирующихъ взаимныя отношенія людей. Но помимо такого стремленія людей соединяться въ союзы съ цѣлью обезпечить свою безопасность и

---

[1]) М. Ковалевскій: Сравнительно историческое правовѣдѣніе и его отношеніе къ соціологіи. Методы сравнительнаго изученія права. (Сборникъ по обществ. юрид. наукамъ вып. I 1899 стр. 3).

улучшить условія борьбы за существованіе, самая физическая и духовная природа человѣка влечетъ его къ общенію съ другими людьми и, слѣдовательно, къ образованію въ его сознаніи нормъ, опредѣляющихъ это общеніе. Взаимное природное сходство, стремленіе половъ другъ къ другу, чувство симпатіи, постепенное раздѣленіе труда и то стремленіе къ общественности, которое подмѣтили еще Аристотель, Цицеронъ, Гуго Гроцій и цѣлый рядъ выдающихся мыслителей различныхъ вѣковъ, неодолимо влекутъ людей къ взаимному общенію и соединенію въ союзы. [1]) Путемъ естественнаго размноженія, добровольнаго присоединенія новыхъ членовъ, соединенія различныхъ группъ, или даже насильственнаго подчиненія однихъ лицъ другимъ, одной общественной группы другой, первоначальные небольшіе семейные и родовые союзы и первоначальныя общины расширяются постепенно въ обширные общественные союзы. Съ развитіемъ и умноженіемъ отношеній и съ ростомъ культуры простая организація первоначальныхъ союзовъ преобразовывается въ сложную правовую государственную и, наконецъ, международную организацію.

Такимъ образомъ, еще въ человѣческихъ группахъ, предшествующихъ образованію государства, возникаютъ нормы поведенія, въ томъ числѣ и право, еще ничѣмъ не отличающееся въ началѣ отъ нравственности и религіи. Правиламъ, регулирующимъ общественную жизнь, приписываютъ божественное происхожденіе (Θέμιστες у Грековъ, Fas у Римлянъ).

При господствѣ культа предковъ [2]) въ ранній періодъ исторіи человѣчества на право смотрятъ какъ на священный завѣтъ предковъ, хотя въ дѣйствительности въ основѣ тѣхъ или другихъ нормъ права лежатъ третейское рѣшеніе, вызвавшій подражаніе приговоръ стариковъ— родственниковъ и такъ на-

---

[1]) Ср. также G. Tarde: Les Transformations du droit 1893 chap. I.

[2]) О немъ см. Мэнъ: Древній законъ и обычай 1884 стр. 39, Ковалевскій: Назв. соч. стр. 3; Fustel de Coulanges: La Cité antique.

зываемыхъ добрыхъ, лучшихъ людей, или обособившихся въ самостоятельную касту волхвовъ и кудесниковъ.

Такъ образуются еще въ ранній періодъ общественной жизни извѣстныя правила, регулирующія взаимныя отношенія людей.

Съ дальнѣйшимъ развитіемъ общественной жизни нормы ее регулирующія дифференцируются, воззрѣніе на право все болѣе отрѣшается отъ сверхъестественнаго источника его происхожденія, все болѣе выясняется его характеръ, его земной, внѣшній источникъ и отличіе отъ другихъ нормъ. Право постепенно обособляется отъ другихъ нормъ должнаго: религіи (римское fas и jus), морали, нравовъ.

Нѣкоторыя самой общественной жизнью, въ значительной степени путемъ судебныхъ рѣшеній, выработанныя нормы мало по малу признаются въ обществѣ безусловно обязательными, независимыми въ своемъ примѣненіи отъ воли отдѣльныхъ лицъ. Образуется обычное право. Мы увидимъ ниже, какъ это происходитъ.

Съ развитіемъ государственной организаціи нормы, издаваемыя организованной общественной властью, дѣлаются главной формой права. Нормы эти—законы все болѣе замѣняютъ дѣйствіе нормъ обычнаго права, хотя и не могутъ вполнѣ замѣнить послѣднія или устранить ихъ дѣйствіе.

Итакъ, право не представляетъ собой какое то неизмѣнное начало, врожденное человѣку правило, но правила человѣческихъ отношеній, которыя постоянно развиваются, постоянно вырабатываются и измѣняются вмѣстѣ съ развитіемъ и измѣненіемъ жизненныхъ условій и фактическихъ отношеній людей въ обществахъ, т. е. въ группахъ людей, связанныхъ между собою солидарностью, т. е. сознаніемъ общности интересовъ и взаимной зависимости другъ отъ друга.

Человѣкъ естественнаго состоянія съ прирожденными идеями и правомъ, независимымъ отъ общества, какъ учили

БИБЛИОТЕКА

многіе представители школы естественнаго права, никогда не существовалъ. Говорить о такомъ состояніи тѣмъ болѣе гадательно, что историческая наука, проникшая даже въ самыя отдаленныя времена жизни рода человѣческаго, не находитъ совершенно изолированно живущаго человѣка, но людей живущихъ уже въ тѣхъ или другихъ общественныхъ группахъ т. е. не «естественнаго», но «общественнаго» человѣка», а современная психологія не признаетъ существованія врожденныхъ идей [1]).

И самъ человѣкъ въ огромной степени — произведеніе соціальной жизни. Съ колыбели до гробовой доски является онъ твореніемъ не только силъ природы, но онъ воспринимаетъ, въ немъ отражаются и живутъ чувства и идеи окружающихъ его людей и цѣлаго ряда поколѣній. Чувство и идеи давно оставившихъ этотъ міръ передаются и намъ путемъ традиціи и культуры, какъ наслѣдіе прошлаго; и мертвые какъ бы живутъ въ насъ.

Жизнь каждаго лица тѣсно связана съ условіями жизни той общественной среды, которой онъ вольно или помимо воли, напримѣръ, въ силу факта рожденія, является членомъ. Религія, мораль, право, экономическія условія жизни, вся культура вообще, весь строй жизни народной, мощно вліяютъ на внѣшнюю и внутреннюю сторону жизни человѣка.

Но личность не есть простое орудіе общества. Въ свою очередь явленія общественной жизни находятся въ извѣстной зависимости отъ отношенія къ нимъ людей. Общественный строй и правовой порядокъ, конечно, слагаются и подъ вліяніемъ факторовъ, независимыхъ отъ человѣческихъ разума и воли, но, съ другой стороны, въ развитіи общественной жизни значительную роль играетъ человѣческое сознаніе и воля, направленная на достиженіе тѣхъ или другихъ цѣлей. Общественная жизнь слагается изъ взаимодѣйствія идей и дѣятель-

---

[1]) См. Ribot: La psychologie des sentiments.

ности массы отдѣльныхъ личностей и поэтому мы можемъ согласиться съ г. Коркуновымъ, что «общественное развитіе представляетъ равнодѣйствующую разнообразныхъ стремленій отдѣльныхъ личностей (активное начало), испытывающихъ, такъ сказать, треніе объ исторически установившійся общественный строй (инертное начало), придающій общественному развитію характеръ послѣдовательности и исторической преемственности». [1]) Но каждая личность въ силу особенностей своего физическаго и психическаго склада, особенностей, обусловленныхъ цѣлой массой разнообразныхъ факторовъ, опредѣляющихъ ея развитіе, представляетъ въ обществѣ нѣчто самостоятельное и не можетъ вполнѣ гармонировать съ тѣмъ строемъ, который явился какъ бы среднимъ результатомъ взаимодѣйствія тѣхъ факторовъ, среди которыхъ она сама по себѣ играетъ обыкновенно весьма малую роль. Отсюда протестъ личности противъ существующаго строя и ея стремленія къ иному порядку и праву, несовпаденіе ея нормъ съ нормами даннаго общества, и желаніе вліять на измѣненіе общественнаго строя соотвѣтственно съ ея идеалами, потребностями и воззрѣніями. Такимъ образомъ, личность служитъ факторомъ въ дальнѣйшемъ развитіи общественной жизни. Тоже, конечно, происходитъ и въ области права. Право касается самыхъ важныхъ сторонъ человѣческой жизни. Люди, поэтому, не могутъ оставаться равнодушными къ нему и стремятся вліять на его измѣненіе и развитіе—этимъ объясняется творческая роль общественнаго сознанія и общественныхъ идеаловъ въ правообразованіи. Но этимъ также объясняется и то, что люди далеко не всегда остаются безпристрастными наблюдателями въ области права и склонны въ сужденія о существѣ права вносить свои личныя симпатіи и антипатіи, искать скорѣе свои идеалы, а не опираться на обширный положительный матеріалъ, даваемый исторіей и жизнью, и, когда заходитъ рѣчь

---

[1]) Коркуновъ. Лекціи по общей теоріи права 1894 стр. 225.

о понятіи права, мы видимъ или цѣлый рядъ чисто метафизическихъ блужданій ума даже лучшихъ представителей человѣческой мысли, или же крайне субъективныя, односторонніе воззрѣнія на него. Достаточно вспомнить, что анархисты и часть соціалистовъ видятъ въ правѣ лишь насиліе, въ то время какъ многіе писатели иного направленія, напротивъ, идеализируютъ его и опредѣляютъ право, какъ нормы свободы, нормы справедливости и т. под. На вопросъ, что такое право, отвѣчаютъ лишь, чѣмъ оно, по ихъ мнѣнію, должно быть.

Въ жизни же правовыя нормы бываютъ и тѣмъ и другимъ; вопросъ о томъ: о какихъ именно правовыхъ нормахъ идетъ рѣчь и какой нравственный масштабъ примѣняютъ къ ихъ оцѣнкѣ [1]).

Но если мы желаемъ выяснить понятіе права не a priori, а на твердомъ основаніи, мы должны строго держаться положительнаго матерьяла, доставляемаго намъ многовѣковой жизнью человѣчества, и выяснить понятіе права, его признаки, на основаніи изученія характера тѣхъ нормъ, которыя въ человѣческихъ обществахъ всегда признавались правомъ и дѣйствовали, какъ таковое, въ формѣ обычнаго права и закона, существенно отличаясь по своему характеру отъ всякихъ другихъ нормъ.

Какъ и всѣ этическія нормы, право представляетъ собой своеобразныя правила, опредѣляющія должный порядокъ человѣческихъ отношеній. По скольку извѣстная норма или правило должнаго, опредѣляющее поведеніе личности, является ея индивидуальнымъ представленіемъ или убѣжденіемъ, мы говоримъ о внутренней (интуитивной), субъективной нормѣ; по скольку же норма должнаго дается извнѣ, т. е. должный порядокъ отношеній личности опредѣляется правилами или нормами, исходящими отъ другихъ личностей, общественной

[1]) См. перечень различныхъ взглядовъ на право у Lasson: System der Rechtsphilosophie 1882 стр. 28 сл.

группы или организованной общественной власти, — такая норма является объективной, внѣшней нормой должнаго.

Дѣйствіе нормъ заключается въ мотивированіи нашего поведенія. Для дѣйствія на насъ внутренней нормы должнаго нѣтъ надобности, чтобы она получила какое-либо выраженіе во внѣшнемъ мірѣ. Для этого достаточно однихъ внутреннихъ, психологическихъ, законовъ нашего существа. Чужая же для насъ, внѣшняя норма можетъ оказать на насъ дѣйствіе лишь въ томъ случаѣ, если она намъ стала извѣстна, и кромѣ того обладаетъ достаточной авторитетностью, чтобы воздѣйствовать на насъ, на нашу волю.

Прежде всего необходимо, чтобы такая чужая норма была такъ или иначе обнаружена, т. е. выражена въ словахъ или въ фактахъ. Слѣдовательно, для того, чтобы внѣшняя норма могла служить болѣе или менѣе постояннымъ правиломъ, регулирующимъ наше поведеніе, она должна установиться, позитивироваться, т. е. получить какое-либо твердое, прочное внѣшнее выраженіе, быть объявленной, записанной (писанное право) или постоянно примѣняться во внѣшней жизни, т. е. найти себѣ постоянное выраженіе въ фактахъ (обычное право, общественная мораль, общественные нравы). Внутренняя, интуитивная норма можетъ объективироваться, т. е. сдѣлаться внѣшней нормой для поведенія другихъ людей, если она позитивируется, т. е. получаетъ болѣе или менѣе твердое, постоянное выраженіе во внѣшнемъ мірѣ. Въ этомъ и заключается такъ называемое объективированіе и позитивація нормы.

Внѣшнія нормы должнаго руководятъ поведеніемъ человѣка, оказываютъ воздѣйствіе на его волю, или потому, что совпадаютъ съ его внутренними нормами, т. е. согласуются съ его личными убѣжденіями, или же, когда внутренняя и внѣшняя нормы расходятся, человѣкъ можетъ подчиняться послѣднимъ, хотя бы противъ своего личнаго убѣжденія, вслѣдствіе необходимости или разнаго рода соображе-

ній цѣлесообразности (пользы). И тѣмъ и другимъ способомъ могутъ дѣйствовать на человѣка всѣ внѣшнія общественныя нормы должнаго—религія, мораль, право и такъ называемые нравы,—свѣтскія правила. Человѣкъ ихъ исполняетъ или въ силу личнаго убѣжденія въ ихъ правильности, или же изъ опасенія нежелательной реакціи раздраженной и оскорбленной общественной среды.

Отсюда уже видно, что нельзя считать, какъ это дѣлаютъ многіе, такъ называемое психическое [1]) и даже физическое принужденіе [2]) отличительнымъ признакомъ однихъ правовыхъ нормъ, такъ какъ психическое и физическое принужденія могутъ сопровождать дѣйствія всякой общественной, внѣшней нормы должнаго, а не только права. Наконецъ, необходимо отдѣлять принужденіе, какъ защиту нормы, отъ самой нормы.

Дѣйствіе внѣшней нормы на отдѣльную личность, независимо отъ внутренняго достоинства, убѣждающей силы нормы, тѣмъ сильнѣе, чѣмъ большимъ уваженіемъ, силой или властью пользуется тотъ внѣшній авторитетъ въ обществѣ, та личность или группа лицъ, которые ее признаютъ. Если мы обратимъ вниманіе на дѣйствіе внѣшне-авторитетныхъ нормъ, то мы замѣтимъ, что нѣкоторыя изъ этихъ нормъ оказываютъ воздѣйствіе на нашу волю и исполняются нами не потому, что какой-либо внѣшній авторитетъ признаетъ для насъ безусловно обязательными эти нормы и велитъ намъ исполнять ихъ помимо нашей воли и убѣжденія, а просто потому, что неисполненіе такихъ нормъ поставитъ насъ фактически въ дисгармонію съ той средой, которая ихъ признаетъ; другими словами, не исполняя этихъ нормъ, мы не нарушаемъ чьихъ либо безусловныхъ требованій или приказовъ, а оскорбляемъ только нравственное, религіозное чувство и убѣжденіе тѣхъ

[1]) Напр. Шершеневичъ: Опредѣленіе понятіе права 1896.

[2]) Начиная съ Томазія, Канта, Фихте, Іеринга, весьма распространенная въ литературѣ теорія принудительности правовыхъ нормъ.

лицъ, которыя признаютъ эти нормы. Какія послѣдствія можетъ вызвать для насъ такой разладъ между нашими убѣжденіями и дѣйствіями съ убѣжденіями и дѣйствіями другихъ лицъ, общественной среды, это вопросъ факта. Общественная реакція противъ насъ можетъ выразиться въ отчужденіи отъ насъ близкихъ лицъ и общества и даже примѣненіи насильственныхъ мѣръ со стороны той или другой оскорбленной нами части общества, какъ это случается даже между иными спорящими, которые для защиты своего мнѣнія прибѣгаютъ какъ къ ultima ratio и къ физическому насилію надъ несоглашающимся съ ними; но какъ въ послѣднемъ случаѣ нельзя еще сказать, что столь ярый спорщикъ желаетъ приказать своему противнику думать и поступать согласно съ отстаиваемымъ ими мнѣніемъ, а только изливаетъ на немъ свое раздраженіе, такъ и въ случаяхъ общественной реакціи противъ нарушителей извѣстной общественной нормы нельзя еще приходить непремѣнно къ выводу, что общество, т. е. извѣстная группа лицъ, требуетъ безусловнаго исполненія нарушаемой нормы отъ нарушителя, приказываетъ всѣмъ и каждому ее исполнять. Эта норма, другими словами, не представляетъ собой (внѣшняго) приказа, а только извѣстное убѣжденіе, сопровождаемое, можетъ быть, желаніемъ, но не требованіемъ, чтобы и другіе такъ думали и поступали.

Таково дѣйствіе такъ называемыхъ, общественныхъ нормъ религіи, морали, нравовъ, которыя представляютъ собой ни что иное, какъ тождественность, одинаковость у цѣлой массы членовъ общественнаго союза субъективныхъ нормъ религіи, нравственности, нравовъ, которыя въ отношеніи каждой отдѣльной личности въ этомъ обществѣ дѣйствуютъ какъ внѣшнія нормы, какъ общепризнанныя нормы должнаго.

Нормы религіи—это нормы, опредѣляющія отношеніе человѣка къ Божеству. Въ позитивныхъ, положительныхъ религіяхъ такія нормы признаются откровеніемъ Божества.

Нравственность представляетъ собой правила должнаго

отношенія къ себѣ и другимъ сообразно съ извѣстнымъ идеаломъ добра, духовнаго совершенства. Нормы эти могутъ образовываться въ человѣческомъ сознаніи и внѣ связи съ нормами религіи.

Такъ называемые «нравы», [1]) въ тѣсномъ смыслѣ слова, конвенціональныя нормы, означаютъ нормы внѣшняго поведенія, основанныя на соображеніяхъ эстетическихъ или утилитарныхъ.

Всѣ эти нормы, когда онѣ являются общественными и внѣшними нормами поведенія, не имѣютъ характера чьихъ-либо приказовъ, требующихъ безусловнаго, помимо воли и согласія личности, сообразованія съ ними поведенія каждой отдѣльной личности. Такія нормы выражаютъ собой не общественный приказъ, но общественное мнѣніе, желаніе: «такъ слѣдуетъ, такъ желательно поступать», а не «такъ безусловно, независимо отъ воли и личнаго убѣжденія, должно посупать».

Вышеуказанный нами характеръ нормъ религіозныхъ, нравственныхъ и правилъ такъ называемаго приличія вполнѣ соотвѣтствуетъ и внутреннему значенію этихъ нормъ, которыя по самому свойству своему требуютъ соотвѣтствія имъ личнаго убѣжденія и воли каждой личности. Вся сила этихъ нормъ зиждется не на томъ, что онѣ являются властными приказами, не считающимися съ волей и убѣжденіемъ лицъ, на которыхъ они направлены, но сила религіозныхъ нормъ основана на внутреннемъ чувствѣ и убѣжденіи, на вѣрѣ въ величіе и святость Божества; сила нравственныхъ нормъ — на внутреннемъ авторитетѣ человѣческой совѣсти, на глубокомъ

---

[1]) По поводу традиціоннаго неправильнаго выдѣленія такъ называемыхъ „нравовъ“ въ особую категорію нормъ должнаго наравнѣ съ религіей, моралью и правомъ, тогда какъ „нравы“ являются общимъ понятіемъ, охватывающимъ всевозможныя правила поведенія, въ томъ числѣ, и три указанныя категоріи нормъ должнаго, см. справедливыя замѣчанія проф. Петражицкаго: Очерки философіи права, вып. 1 1900 стр. 91 пр. 1.

убѣжденіи въ ихъ совершенствѣ [1]); правила общественнаго приличія—на чувствѣ красоты и изящества, на сознаніи пользы, или на чувствѣ самолюбія— нежеланіи показаться смѣшнымъ и невоспитаннымъ.

Мы, поэтому, утверждаемъ, что каковы бы ни были фактическія гарантіи воздѣйствія всѣхъ этихъ общественныхъ нормъ на человѣческую волю, онѣ по существу своему опираются на внутренній авторитетъ убѣжденія, на согласіе имъ подчиняющихся лицъ (гипотетически обязывающія нормы, какъ называетъ ихъ Штаммлеръ), а не принадлежатъ къ разряду нормъ безусловно повелительнаго характера, не представляютъ собой властныхъ приказовъ внѣшняго, общественнаго авторитета, а имѣютъ скорѣе характеръ завѣтовъ, убѣжденій, мнѣній, подчиненіе которымъ обусловлено согласіемъ имъ повинующагося. Если же въ обществѣ тѣ или другія изъ нормъ религіи, морали, обычаевъ, разсматриваются какъ безусловно обязательныя для членовъ общества, независимо отъ ихъ убѣжденія и согласія, центръ тяжести дѣйствія этихъ нормъ переносится съ убѣжденія отдѣльной личности на волю и требованіе общественнаго авторитета, ихъ признающаго, такъ что нормы эти выступаютъ въ качествѣ настоящихъ внѣшнихъ приказовъ, то тогда, каково бы ни было содержаніе этихъ нормъ, онѣ обращаются въ юридическія нормы [2]). Соблюденіе ихъ безусловно требуется тѣмъ авторитетомъ, отъ котораго исходятъ эти нормы. Санкція права привходитъ къ этимъ (нравственнымъ, религіознымъ) нормамъ или намѣренно въ силу воли законодателя, или же фактически въ силу прогрессирующаго въ обществѣ сознанія ихъ общеобязательности, какъ напр.

---

[1]) „Нравственная норма, нравственное велѣніе долга требуетъ постояннаго совпаденія мотивовъ съ нравственными цѣлями“ см. Вундтъ: Система философіи (русскій пер. Водена 1902 стр. 406).

[2]) Ср. Stammler Wirtschaft und Recht стр. 129 сл., 487—562.

Гамбаровъ: Право въ его основныхъ моментахъ (Сб. по обществ. и юрид. наукамъ вып. I ст. 46—52.

мы замѣчаемъ это въ такъ называемой профессіональной этикѣ и при обращеніи простыхъ обычаевъ въ юридическіе, въ обычное право. Отсюда мы далѣе видимъ, что по содержанію нормы религіи, морали, нравовъ, могутъ совпадать съ правовыми. Послѣднія отличаются отъ нихъ не по содержанію, а по своему характеру, какъ внѣшніе приказы. По существу своему нормы религіи и морали, которыя имѣютъ въ виду прежде всего воздѣйствіе на духовную сферу личности не могутъ быть общественными приказами, а если и являются таковыми, то уже въ качествѣ юридическихъ нормъ или же, вслѣдствіе смѣшенія съ таковыми, какъ это мы видимъ въ древности и на первыхъ ступеняхъ общественнаго развитія.

Проф. Петражицкій совершенно справедливо замѣчаетъ, что пропитаны юридическими элементами многія религіозныя правила поведенія въ тѣхъ первобытныхъ религіяхъ, гдѣ божества мало возвышаются надъ людьми, такъ что люди обращаются съ ними какъ съ равными себѣ и признаютъ безусловно обязательными для божества заключаемые съ нимъ договоры и даже подвергаютъ божество наказанію за неисполненіе договоровъ. Пропитаны юридическими элементами и сравнительно болѣе культурныя религіи грековъ и римлянъ (наприм. Cic. de leg. II c. 9,22: Deorum manium jura sancta sunto), точно также религіи теократическихъ государствъ, религій еврейская и магометанская[1]).

Этотъ юридическій элементъ мы видимъ въ томъ, что къ нормамъ религіи и морали примѣшивается властный характеръ приказа, не свойственный этимъ нормамъ самимъ по себѣ.

Мы здѣсь впередъ оговариваемся, что властный характеръ внѣшней нормы, обращающій ее во внѣшній приказъ, не опредѣляется непремѣнно тѣмъ, что внѣшній авторитетъ, отъ котораго исходитъ таковая норма, является юридически организованной общественной властью, какъ напр.

[1]) Ср. Петражицкій: Очерки фил. права Вып. 1, 1900 стр. 93 прим.

власть государственная, эта власть можетъ носить и неорганизованный характеръ, представляя собой, напримѣръ, фактическую силу преобладающей, хотя бы по численности, авторитетной общественной группы, требующей отъ всѣхъ безусловнаго исполненія признаваемой ею нормы. Поэтому мы вмѣстѣ съ проф. Петражицкимъ [1]) склонны признать характеръ обычно правовыхъ нормъ за многими дѣйствующими въ обществѣ правилами поведенія, которыя принято относить къ такъ называемымъ конвенціональнымъ нормамъ, правиламъ приличія, свѣтскимъ правиламъ. Но, вопреки г. Петражицкому, мы признаемъ за ними юридическій характеръ лишь въ томъ случаѣ, если эти правила признаются въ обществѣ безусловно обязательными для всѣхъ и каждаго, т. е. являются внѣшними приказами, и не можемъ признать за ними юридическаго характера въ томъ случаѣ, если эти нормы являются лишь чисто субъективными убѣжденіями отдѣльной личности (интуитивными нормами).

Отличительную функцію правовыхъ нормъ, единственно дающую возможность отличить ихъ отъ всякаго другого рода нормъ долженствованія, мы видимъ въ томъ, что нормы права представляютъ внѣшне авторитетные приказы. Приказать же самому себѣ нельзя, такъ какъ приказъ означаетъ выраженіе воли, направленной на подчиненіе другой воли. Такія выраженія, какъ «внутренній приказъ», «приказъ совѣсти», могутъ быть употребляемы развѣ въ чисто фигуральномъ, метафорическомъ смыслѣ. Тѣ писатели, которые принимаютъ существованіе субъективныхъ, интуитивныхъ нормъ права, смѣшиваютъ, по нашему мнѣнію, съ нормой права одинъ изъ моментовъ ея образованія, когда въ процессѣ своего объективированія и позитивацiи извѣстное представленіе о должномъ проходитъ черезъ личное сознаніе человѣка [2]) Другіе же смѣшиваютъ право съ такъ называемымъ субъективнымъ правомъ, правоотношеніемъ и правомочіемъ, вытекаю-

---

[1]) Очерки фил. права Вып. I, стр. 34.

[2]) См. напр. Коркуновъ: Лекціи по общей теоріи права 1894 стр. 57.

щимъ изъ объективной нормы права; или же, какъ напримѣръ, проф. Петражицкій, [1]) стремятся разграничить субъективныя нормы морали, какъ чисто императивныя нормы, установляющія лишь обязанность, отъ нормъ права, какъ нормъ императивно-аттрибутивныхъ, т. е. устанавливающихъ не только обязанности, но и соотвѣтствующія притязанія.

Нормы права, конечно, аттрибутивны, но аттрибутивность, въ смыслѣ убѣжденія лица въ закрѣпленіи его обязанности за другимъ лицомъ и въ справедливости притязанія послѣдняго на исполненіе этой обязанности, свойственна и весьма многимъ субъективнымъ нормамъ нравственности (доказательствъ противнаго проф. Петражицій не даетъ), а потому не можетъ служить отличительнымъ признакомъ правовыхъ нормъ. [2]) И тѣ интуитивныя нормы права, о которыхъ говоритъ г. Петражицкій, представляютъ собой, по нашему мнѣнію, ничто иное, какъ личныя нравственныя нормы.

Точно также нельзя называть правомъ, хотя бы «естественнымъ», какъ это дѣлаютъ современные защитники идеи естественнаго права въ ея новомъ видѣ, совокупность требованій, предъявляемыхъ измѣнившимся въ теченіе времени обществомъ или отдѣльными его классами къ правотвор-

---

[1]) Петражицкій: Очерки: фил. права 1900 Вып. I стр. 16, 21 сл. Его же: Къ вопросу о возрожденіи естественнаго права и нашей программѣ. Въ жур. „Право“ 1902 № 41.

Его же: О мотивахъ человѣческихъ поступковъ, въ особенности объ этическихъ мотивахъ и ихъ разновидностяхъ 1904.

[2]) См. нашу ст.: Новая психологическая теорія права и понятіе права. Временникъ Демидовскаго Юр. Лицея 1901 г. кн. 82. Кн. Е. Трубецкой: философія права проф. Петражицкаго (въ журналѣ „Вопросы философіи“ кн. 57).

Ср. также интересныя замѣчанія о „нравственномъ и моральномъ правѣ“ въ ст. С. Л. Франка: Фр. Ницше и этика „любви къ дальнему“ въ сборн. „Проблемы идеализма“ стр. 180—182.

См. также В. С. Соловьевъ: Право и нравственность: Очерки изъ прикладной этики 1899—стр. 23.

ческой власти. [1]) Какъ не велико значеніе этихъ требованій для болѣе совершеннаго развитія права и какъ не благодѣтельно для науки права и по вопросу о lege ferenda все болѣе усиливающееся въ литературѣ требованіе считаться съ этими общественными воззрѣніями, но не слѣдуетъ эти требованія и общественныя идеи, правовые идеалы и сужденія о правѣ, подводить подъ понятіе „права", хотя бы естественнаго, такъ какъ такимъ образомъ подъ одно и то же понятіе права будутъ подведены совершенно разнородные элементы (право и всякаго рода сужденія и мечты о правѣ), не говоря уже о томъ, что терминъ «естественное право» далеко не пригоденъ для такого обозначенія. Съ этимъ терминомъ давно уже, со временъ господства старой доктрины естественнаго права, связано совершенно иное, вполнѣ опредѣленное, значеніе и, кромѣ того, такое выраженіе, какъ «естественное право», противопоставляемое положительному праву, логически приводитъ къ

---

[1]) См. Гессенъ: Возрожденіе естественнаго права 1902 стр. 26. Въ своей талантливо написанной брошюрѣ авторъ дѣлаетъ ссылку на сочиненіе Iellinek'a: Das Recht des mod. Staates 1900 и на стр. 5 своей брошюры причисляетъ Iellinek'a „отчасти" къ явнымъ сторонникамъ и защитникамъ идеи естественнаго права. По поводу этого замѣтимъ, что Iellinek дѣйствительно въ указанномъ сочиненіи стремится объяснить психологически возникновеніе идеи естественнаго права и ея крупную роль въ правообразованіи, но Iellinek отнюдь не признаетъ правомъ естественно-правовыя представленія (der nie gänzlich zu bannende Schein eines Rechtes см. стр. 321), тѣмъ болѣе, что это совершенно противорѣчило бы имъ же самимъ данному въ этомъ сочиненіи (на стр. 300) позитивному опредѣленію права, какъ нормъ, опредѣляющихъ внѣшнія отношенія людей другъ къ другу, исходящихъ отъ признаннаго внѣшняго авторитета, и обязательность которыхъ гарантирована внѣшними силами: это не мѣшаетъ Iellinek'у признавать, что позитивность права основывается въ концѣ концовъ на убѣжденіи въ его дѣйствіи, т. е. способности мотивировать волю, и прійти, такимъ образомъ, къ заключенію, что право основано на чисто психологическихъ элементахъ (см. стр. 303 сл.), но и здѣсь онъ говоритъ только о психологическихъ основахъ дѣйствія позитивнаго права.

странному заключенію, что послѣднее «неестественно». Своего рода definitio ad absurdum [1]).

Насколько вообще неопредѣленно самое понятіе «естественнаго права» въ «стилѣ moderne» у его сторонниковъ можно видѣть изъ того, что одинъ изъ талантливѣйшихъ защитниковъ этой идеи «возрожденія естественнаго права», проф. Петражицкій, критикуя отождествленіе другимъ сторонникомъ этой же идеи проф. Новгородцевымъ въ его работѣ «Кантъ и Гегель въ ихъ ученіяхъ о правѣ и государствѣ» естественнаго права съ нравственными сужденіями (о правѣ), самъ утверждаетъ, что возрожденіе естественнаго права «въ смыслѣ правно-политической программы означаетъ не возрожденіе тѣхъ пріемовъ работы, которые были свойственны школѣ естественнаго права, а созданіе науки политики права». Выходитъ, что естественное право это то же, что наука политики права! Далѣе, подъ этимъ возрожденіемъ можно разумѣть, говоритъ г. Петражицкій, научное обоснованіе непозитивнаго права и изученіе его на психологической почвѣ. Также нормативное изложеніе интуитивнаго права [2]).

Другой сторонникъ идеи измѣнчиваго естественнаго права, кн. Е. Н. Трубецкой, въ своихъ критическихъ замѣчаніяхъ на работу проф. Петражицкаго [3]) приходитъ къ заключенію о существованіи естественнаго права, какъ «первоначальнаго права», «постулата», «идеи разума», «сверхчувственнаго и метафизическаго начала».

Изъ германскихъ сторонниковъ новой идеи естественнаго права, Штаммлеръ опредѣляетъ послѣднее, какъ «тѣ правовыя положенія, которыя при эмпирическихъ, услов-

---

[1]) Ср. также Н. И. Карѣевъ: Нужно-ли возрожденіе естественнаго права (Русское Богатство 1902 апрѣль № 4). Гамбаровъ: Право въ его осн. моментахъ стр. 69.

[2]) См. ук. статью въ „Правѣ“ 1902 г. № 41.

[3]) См. кн. Е. Н. Трубецкой: Философія права проф. Петражицкаго“ въ журналѣ „Вопросы философіи“, кн. 57 стр. 31 и 32.

ныхъ отношеніяхъ содержатъ теоретически правильное право; эти положенія, само собою понятно, не обладаютъ никакой положительной силой дѣйствія, но обращаются къ правотворящимъ источникамъ положительнаго права съ требованіемъ измѣненія или преобразованія дѣйствующаго права» [1]). Точно также смотритъ на естественное право Erwin Grueber [2]), также у насъ и В. М. Гессенъ въ своей вышеупомянутой брошюрѣ.

Французскій ученый Boistel въ своемъ «Курсѣ философіи права» [3]) слѣдующимъ образомъ противополагаетъ «естественное или раціональное право» праву положительному.

«Право положительное, говоритъ онъ, это—правила, формулированныя законодателемъ и санкціонированныя внѣшнимъ принужденіемъ; право же раціональное—совокупность правилъ, которыя съ точки зрѣнія разума должны быть санкціонированы внѣшнимъ принужденіемъ. Это—идеалъ права положительнаго, типъ, который долженъ осуществить законодатель, и который онъ почти всегда фактически имѣетъ въ виду осуществить».

Далѣе, говоря о философіи права, Boistel опредѣляетъ эту науку «какъ философскую часть права, т. е. раціональный элементъ, входящій въ очень сложную формацію законодательства каждой націи. Эта наука, говоритъ онъ, также называется раціональнымъ или естественнымъ правомъ.—

Въ общемъ мы приходимъ къ заключенію, что современные сторонники естественнаго права называютъ этимъ именемъ научныя и этическія сужденія о правѣ, [4]) критику

[1]) Stammler: Wirtschaft und Recht 1896 стр. 185.

[2]) Erwin Grueber: Einführung in die Rechtswissenschaft стр. 15 въ Encyklopädie der Rechtswissenschaft herausg. von. Dr. Karl Birkmeyer 1901.

[3]) A. Boistel: Cours de Philosophie du droit t. 1. 1899 p. 1.

[4]) „Этическій типъ нашихъ представленій о правѣ", какъ его называетъ г. Новгородцевъ и Гессенъ.

См. Новгородцевъ: Нравственный идеализмъ въ философіи права (Сб. Проблемы идеализма).

В. Гессенъ: О наукѣ права (Сб. Введеніе въ изученіе соціальныхъ наукъ подъ ред. проф. Карѣева) стр. 139.

положительнаго права, представленіе о томъ, каково оно должно быть, правовые идеалы и требованія de lege ferendu. Въ отличіе отъ старой школы естественнаго права они не выводятъ свои «естественноправовыя нормы» непосредственно изъ природы или Божественнаго разума, и признаютъ ихъ измѣнчивыми, подлежащими эволюціи, и лишь относительно лучшими для даннаго времени. Но ясно, что то, что только должно быть правомъ, не есть еще право, [1]) и сторонники естественнаго права не даютъ никакихъ критеріевъ. позволяющихъ намъ отнести ихъ нормы именно къ праву, а не къ какимъ-либо другимъ проявленіямъ духовной жизни человѣчества. Тѣмъ же, которые основываютъ свое «естественное право» на различныхъ апріорныхъ началахъ и абсолютахъ, мы должны отвѣтить, что въ такія апріорныя абсолютныя и метафизическія начала вѣрить никому не воспрещается, но наука можетъ принимать лишь такія положенія, которыя обоснованы и доказаны.

Интуитивныя же нормы съ аттрибутивнымъ характеромъ, которыя проф. Петражицкій считаетъ «идеальнымъ правомъ», юридическими нормами, являются лишь субъективными нравственными нормами, въ чемъ легко убѣдиться при ближайшемъ анализѣ приводимыхъ г. Петражицкимъ примѣровъ такихъ нормъ [2]).

Такимъ образомъ, отличительный характеръ правовой нормы заключается въ ея строгой внѣшней императивности. Внѣшній авторитетъ, отъ котораго исходятъ такія нормы, какъ

---

[1]) Одинъ изъ сторонниковъ ест. права г. Гессенъ самъ признаетъ теперь, что возрожденіе естественнаго права „не знаменуетъ собою возвращенія къ „правовому дуализму“ естественноправовой доктрины.— Только положительное право—право. Всякое противопоставленіе положительному праву какого бы то ни было другого, неположительнаго,— теоретически несостоятельно. Естественное право относится къ положительному, какъ то, что должно быть, къ тому, что есть. Естественное право—мѣра, критерій; положительное—объектъ измѣренія и оцѣнки“.

Гессенъ: О наукѣ права (въ ук. сборникѣ) стр. 140.

[2]) См. нашу статью: Новая психологическая теорія права.

приказы, не убѣждаетъ, не совѣтуетъ, не выражаетъ одно лишь простое желаніе, чтобы согласовались съ его волей, выраженной въ этихъ нормахъ должнаго, а диктуетъ свою волю, требуетъ подчиненія ей, независимо отъ личныхъ убѣжденій и внутренняго авторитета совѣсти.

Вотъ почему нормы права, какъ внѣшніе приказы, предписывающіе должный порядокъ поведенія въ обществѣ, независимо отъ воли и согласія лицъ имъ подчиненныхъ, въ силу самого характера своего, могутъ быть вооружены принужденіемъ въ смыслѣ внѣшняго, насильственнаго воздѣйствія на правонарушителя. Но изъ этого не слѣдуетъ, что нормы права всегда вооружены такимъ принужденіемъ. Повелѣніе, приказъ, не тождественъ съ понятіемъ принужденія къ его исполненію.

Не говоря уже о философскихъ ученіяхъ Томазія, впервые высказавшаго, что отличительный признакъ права — принужденіе, а также Канта и Фихте, идея, что право, какъ нормы властныя, необходимо связано съ принужденіемъ, сдѣлалась господствующей въ юридической литературѣ, особенно со времени Іеринга [1]).

Прежде всего о какомъ принужденіи тутъ идетъ рѣчь?

Воздѣйствіемъ на сознаніе, волю людей, т. е. психическимъ принужденіемъ, обладаетъ не только право, но и религія, мораль, нравы и даже научныя истины. Религія воздѣйствуетъ обаяніемъ святости и величія ея источника, мораль — признаннымъ совершенствомъ своихъ нормъ, нравы соблюдаются въ силу разнаго рода эстетическихъ и утилитарныхъ соображеній, научныя положенія воздѣйствуютъ истинностью доказаннаго. Кромѣ того, всѣ вообще внѣшнія общественныя нормы даже тогда, когда онѣ не представляютъ собой приказовъ, т. е., когда въ нихъ нѣтъ юридическаго

[1]) Ihering: Zweck in Recht, стр. 318—327, 329. Опредѣляетъ право, какъ совокупность принудительныхъ нормъ, дѣйствующихъ въ государствѣ, и даже признаетъ государственную власть единственнымъ источникомъ права.

элемента безусловной обязательности, но онѣ расходятся съ внутренними нормами личности, тоже воздѣйствуютъ на волю личности, въ силу сознаваемой послѣднею необходимости сообразоваться съ мнѣніемъ, съ убѣжденіемъ той общественной среды, въ которой личность живетъ. Нормы общественной морали, и не будучи приказомъ, оказываютъ болѣе сильное психическое воздѣйствіе (принужденіе), чѣмъ нормы права. Достаточно вспомнить силу общественныхъ воззрѣній на дуэль, противъ которыхъ право часто оказывается безсильнымъ. Но принятіе или отказъ отъ дуэли по общественнымъ воззрѣніямъ должны зависѣть отъ свободнаго рѣшенія личности, отъ ея согласія на это, поэтому общественная норма, рекомендующая дуэль въ извѣстныхъ случаяхъ, не есть безусловный властный приказъ, не считающійся съ согласіемъ лица, на которое онъ направленъ, не есть правовая норма, хотя бы неисполненіе такой нормы влекло бы эвентуально для личности самыя тяжелыя послѣдствія.

Затѣмъ, что касается внутренней принудительности нормъ религіи и морали, то должно вспомнить, что мученики религіи шли на страшную смерть, но не исполняли предписаній права, которыя считали противнымъ волѣ Бога. Нравственный человѣкъ скорѣе нарушитъ требованіе права, которое по его мнѣнію безнравственно, чѣмъ подчинится ему. Наконецъ если право дѣйствуетъ на людей угрозами, то и религіи, напримѣръ, угрожаютъ карами Божества. Далѣе человѣкъ знаетъ, что нарушеніе нравственныхъ правилъ принесетъ ему мученіе совѣсти, душевный разладъ, отчужденіе близкихъ и общества и даже матеріальныя лишенія. Слѣдовательно, психическимъ воздѣйствіемъ, психическимъ принужденіемъ, могутъ обладать всѣ нормы долженствованія. Также всѣ эти нормы могутъ при случаѣ сопровождаться и внѣшнимъ принужденіемъ и, если внѣшнее принужденіе далеко не всегда сопровождаетъ нарушеніе религіозныхъ и нравственныхъ нормъ, то это самое бываетъ и въ области права.

Можно дѣйствительно часто насильно помѣшать осуществленію какого-либо правонарушенія, напр. убійству, кражѣ, разбою, но во-первыхъ не всегда, а во-вторыхъ насильно сплошь и рядомъ нельзя заставить исполнить какое-либо положительное дѣйствіе, требуемое правомъ. Даже знаменитыя пытки оказывались въ этомъ отношеніи безсильными.

Въ настоящее же время нельзя, напримѣръ, притащить чиновника на службу и водить его руками по бумагамъ, чтобы онъ противъ своей воли со всѣмъ, требуемымъ законами о службѣ гражданской, усердіемъ отдавался службѣ.

Современный фанатикъ—анархистъ дастъ скорѣе себя казнить, но не исполнитъ требованій ненавистнаго ему права и общества и не дастъ принудить себя къ ихъ исполненію. Самый обыкновенный мошенникъ можетъ уничтожить преступно добытую вещь, но не дастъ силою отнять ее отъ себя.

Но скажутъ, вѣдь право все же накажетъ такихъ лицъ, отыщетъ способъ возмѣщенія послѣдовавшаго ущерба. Да, но это не принужденіе, въ строгомъ смыслѣ слова, а возмездіе или замѣна неисполненнаго другимъ обязательствомъ. Но и это не всегда фактически возможно: лицо, подлежащее, наказанію можетъ умереть, скрыться, съ него, можетъ быть, нечего взыскать въ виду его полной несостоятельности.

Говорятъ далѣе, правовая норма обезпечивается санкціей, дающей представителямъ власти полномочіе употребить принужденіе противъ нарушителя права, а нормы морали, напримѣръ, такихъ полномочій не даютъ.

Но и въ этомъ отношеніи существуютъ правовыя нормы безъ санкціи, неисполненіе которыхъ не влечетъ за собой никакого юридическаго воздѣйствія. Въ правовой системѣ нѣтъ нормъ, которыя бы охраняли такія указанныя выше нормы наказаніями или давали возможность предъявить судебные иски къ правонарушителю. Къ такимъ не защищеннымъ юридическимъ нормамъ относятся самыя важныя нормы въ государствѣ, опредѣляющія права и обязанности верховныхъ орга-

новъ государства. Монархъ, напримѣръ, безотвѣтственъ, не въ силу только фактической невозможности принужденія противъ него, какъ думаютъ нѣкоторые, а въ силу такъ называемаго юридическаго монархическаго принципа; онъ не подлежитъ никакой отвѣтственности передъ судомъ и наказанію за неисполненіе обязанностей, возложенныхъ на него законами.

Также парламенты въ государствахъ съ народнымъ представительствомъ могутъ нарушать конституцію, ихъ постановленія съ точки зрѣнія юридической—недѣйствительны, но употребить юридическое принужденіе противъ нихъ никто не властенъ.

Въ Пруссіи и Германіи существуетъ законъ, устанавливающій отвѣтственность министровъ передъ палатами, которыя могутъ привлечь ихъ къ суду, но законъ, который-бы организовалъ обѣщанный для этого судъ и порядокъ судебнаго разбирательства, до сихъ поръ не изданъ и, хотя юридическая обязанность отвѣтственности министровъ установлена закономъ, но принужденія въ случаѣ неисполненія своихъ обязанностей министрами, разъ послѣдніе находятъ одобреніе со стороны монарха, и охраны полномочій палатъ не существуетъ.

Въ каждомъ государствѣ существуютъ законы, которые по оплошности законодателя или въ силу самого характера регулируемыхъ ими интересовъ не защищены санкціей и юридическимъ принужденіемъ.

Далѣе, нормы международнаго права, гдѣ нѣтъ организованной власти, стоящей надъ государствами и заставляющей ихъ исполнять эти нормы, не защищены правовымъ принужденіемъ. Несмотря на это отсутствіе юридическаго принужденія къ исполненію этихъ нормъ, всѣ такія нормы являются все же юридическими нормами, правомъ, что вынужденъ былъ признать и главный представитель теоріи принужденія, Іерингъ [1]).

[1]) Ср. критику теоріи принужденія въ правѣ: Петражицкій: Очерки фил. права. Вып. I стр. 61—83.

Вообще говоря, нужно строго отличать правовую норму саму по себѣ отъ ея возможнаго придатка, принужденія, который ее обыкновенно сопровождаетъ и вообще говоря не противорѣчитъ ея характеру [1]), но можетъ и не сопровождать. Признакомъ правовой нормы является лишь ея внѣшне-повелительный характеръ, какъ внѣшне-авторитетнаго приказа, приказъ же не тождественъ съ понятіемъ внѣшняго принужденія къ его исполненію. Въ частности, психологическимъ принужденіемъ могутъ обладать всѣ общественныя нормы долженствованія, внѣшнимъ же принужденіемъ многія нормы права совершенно не защищены и по самому характеру регулируемыхъ ими интересовъ часто его не допускаютъ. Поэтому совершенно справедливо теорія принудительности правовыхъ нормъ оставлена теперь многими учеными. Принужденіе есть могущественная гарантія права, но не самое право. Изъ свойства правовыхъ нормъ, какъ внѣшнихъ авторитетныхъ приказовъ, направленныхъ на регулированіе человѣческихъ отношеній, вытекаетъ и то свойство, что право можетъ властно опредѣлять лишь внѣшніе акты и дѣйствія людей, формы, въ которыхъ извнѣ осуществляется процессъ человѣческой жизни, но не мысли и чувства, т. е. внутреннюю психическую природу человѣка. Заставить людей думать

---

Коркуновъ: Лекціи по общей теоріи права 1894 стр. 68 сл.

Гамбаровъ: Право въ его основныхъ моментахъ стр. 62.

Bierling: Jur. Principienlehre B. I. 1894 стр. 49—57.

Thon: Rechtsnorm und subjectives Recht 1878 стр. 5 сл.

[1]) Въ этомъ лишь смыслѣ можно, пожалуй, сказать, что нормы права имѣютъ „тенденцію“ къ внѣшнему принужденію, но эта тенденція можетъ такъ и остаться только тенденціей.

О томъ, что такъ называемые опредѣлительные, описательные и дозволительные законы—ничто иное какъ особая форма велѣній законодателя и по существу, слѣдовательно, являются повелительными нормами см. въ нашей литературѣ совершенно справедливыя замѣчанія г. Коркунова: Лекціи по общей теоріи права 1894 стр. 120—125.

Залѣсскій: Лекціи энциклопедіи права стр. 96—103.

Thon: Rechtsnorm und subjectives Recht стр. 292.

Contra Гредескулъ: Къ ученію объ осуществленіи права 1900 стр. 54 сл.

или чувствовать по приказу невозможно (развѣ только путемъ гипнотическаго внушенія). Надъ внутренней стороной жизни право не властно. Невыраженныя какими-либо внѣшними признаками, чувства и мысли человѣка остаются скрытыми, не могутъ быть поэтому властно опредѣлены и не поддаются контролю. Лишь поскольку психическое состояніе человѣка имѣетъ значеніе для оцѣнки внѣшнихъ актовъ его, право обращаетъ вниманіе и на психическое состояніе, но не регулируетъ его, не опредѣляетъ его властнымъ образомъ. Такъ, при оцѣнкѣ преступленій, т. е. преступныхъ актовъ, право требуетъ оцѣнки душевнаго состоянія преступника, а для дѣйствительности гражданскихъ сдѣлокъ требуетъ отъ совершающихъ ихъ наличности воли и сознанія совершаемаго; точно также при нормированіи нѣкоторыхъ отношеній въ области гражданскаго права обращаетъ вниманіе на психическую сторону отношеній (добросовѣстность, недобросовѣстность): но во всѣхъ этихъ случаяхъ право опредѣляетъ лишь условія, при которыхъ указанныя имъ дѣйствія человѣка, признаются имѣющими значеніе для права и влекутъ тѣ или другія послѣдствія, а не направляетъ своихъ приказовъ на регулированіе самой психической жизни человѣка. Такія предписанія въ кодексахъ, какъ дѣти должны любить и уважать родителей, супруги должны оказывать другъ другу любовь и уваженіе, далѣе предписанія принадлежать къ той или другой религіи, и т. под., имѣетъ юридическій смыслъ лишь настолько, насколько тутъ требуется соотвѣтствующее внѣшнее поведеніе человѣка. Лишь косвеннымъ путемъ, насколько правовыя нормы воспринимаются сознаніемъ и содержаніе правовыхъ нормъ, ихъ идея, превращается въ личное убѣжденіе человѣка; правовыя нормы также воздѣйствуютъ и на духовную сторону людей, но уже не какъ приказы, не въ силу сознанія людьми ихъ подчиненности другой волѣ, а какъ мысль, идея, проникшая въ сознаніе людей и ставшая психическимъ факторомъ ихъ жизни. Въ этомъ заключается

воспитательное значеніе права какъ и всякой культурной силы; но лишь въ силу строго императивной функціи, какъ приказа внѣшней авторитетной воли, право является своеобразной, нормативной общественной силой, отличной отъ другихъ культурныхъ силъ, дѣйствующихъ въ общественныхъ союзахъ и имѣющихъ съ нимъ одну общую цѣль: борьбу съ соціальнымъ зломъ и развитіе общественнаго блага.

Такимъ образомъ, право представляетъ собой совокупность положительныхъ, объективныхъ нормъ, правилъ должнаго, выработавшихся въ общественномъ союзѣ и имѣющихъ характеръ властныхъ внѣшнихъ приказовъ, регулирующихъ человѣческія отношенія [1]).

Эту же мысль выражаетъ и извѣстный германскій юристъ Меркель.

«Положенія права, говоритъ Меркель, суть волеизъявленія, направленныя на руководство нашими дѣйствіями и тамъ, гдѣ они не овладѣваютъ нашей мыслею... «Stat pro ratione voluntas». Въ нихъ выражается воля, которая въ обществѣ проявляется какъ власть, сила, она даетъ членамъ общества мотивы для соотвѣтствующаго ея указаніямъ поведенія и въ томъ случаѣ, когда содержаніе этихъ указаній не соотвѣтствуетъ ихъ индивидуальнымъ интересамъ».

Согласно съ нашимъ опредѣленіемъ, мы признаемъ правомъ лишь такъ называемое положительное право, обычное право и законъ. Они представляютъ собой выраженіе властной воли — организованной (законъ) или неорганизованной (обычное право) въ общественномъ союзѣ. Обязательная сила

---

[1]) Merkel: Juristiche Encyklopädie 1900 §§ 42, 43.

См. также Гамбаровъ: „Право въ его основныхъ элементахъ“ въ Сборникѣ по общественно-юридич. наукамъ. Вып. I, 1899 стр. 38—43, 106.

Ср. также Stammler: Wirtschaft und Recht nach der materialistischen Geschichtsauffassung 1896: „Das Recht will als Zwangsgebot über dem einzelnem gelten ohne Rücksicht auf dessen Zustimmung und Anerkennung“ стр. 487, и на стр. 491 относитъ право „къ особому виду властныхъ приказовъ, исходящихъ отъ человѣка къ человѣку“.

государственнаго закона зиждется на томъ, что законъ является выраженіемъ авторитетной воли государственной власти, которой подчинены всѣ члены государства. Законъ государственный въ обширномъ смыслѣ слова есть юридическая норма, установляемая государственной властью.

Это опредѣленіе закона вполнѣ установилось въ наукѣ.

Что касается обычнаго права, то оно представляетъ первоначальную форму права, которая предшествуетъ еще появленію законовъ и вырабатывается въ обществѣ помимо и независимо отъ велѣнія какой-либо организованной власти. Это неписанное право, которое самостоятельно развивается и дѣйствуетъ въ массѣ народа [1]).

Обычай образуется незамѣтно и внѣ какихъ-либо опредѣленныхъ формъ, путемъ постояннаго соблюденія въ теченіи неопредѣленно продолжительнаго времени одного и того же образа дѣйствій въ однородныхъ случаяхъ. Вслѣдствіе безсознательнаго или сознательнаго подражанія, заимствованія, извѣстнаго образа дѣйствій, [2]) путемъ судебной практики, прецедентовъ [3]), извѣстная норма дѣлается общей у цѣлой массы лицъ, переходитъ въ общее сознаніе и примѣняется массой лицъ въ обществѣ. Давнее и широкое примѣненіе этого образа дѣйствій, обычая, порождаетъ въ людяхъ убѣжденіе не только въ его цѣлесообразности, но и въ безусловномъ долженствованіи, обязательности его примѣненія. И когда цѣлая масса лицъ въ общественномъ союзѣ не только имѣетъ одинаковыя сужденія о должномъ порядкѣ отношеній, не только желаетъ, но и требуетъ отъ всѣхъ и каждаго обязательнаго соблюденія из-

---

[1]) Ср. Залѣсскій: Власть и право. Философія объективнаго права 1897 г. стр. 234 сл.

[2]) Объ этомъ см. особенно Tarde: Les Transformations du droit 1893 см. особенно chap. VII.

[3]) На роли судебной практики въ образованіи обычнаго права особенно настаиваетъ въ новѣйшее время Lambert: La fonction du droi civil comparé 1903.

вѣстнаго обычая и, въ случаѣ надобности, даже силой заставляетъ непокорныхъ повиноваться себѣ, то обычай обращается въ юридическій, такъ какъ онъ пріобрѣтаетъ обязательную силу внѣшняго приказа, внѣшняго велѣнія.

«Для того чтобы образовался обычай, связывающій частную волю, замѣчаетъ профессоръ Сергѣевичъ, въ памяти людей долженъ уже накопиться настолько значительный матеріалъ сходныхъ прецедентовъ, чтобы воля была подавлена этимъ матеріаломъ» [1]).

Основа же юридическаго обычая лежитъ въ сознаніи его общей обязательности.

Мы говорили, что нормы права имѣютъ характеръ внѣшняго, объективнаго приказа, направленнаго на всѣхъ, кого онѣ касаются. Почему же нормы обычнаго права имѣютъ характеръ внѣшнихъ приказовъ, и каковъ чисто внѣшній авторитетъ, отъ котораго эти нормы исходятъ? По нашему мнѣнію, потому, что въ обычномъ правѣ выражается коллективная воля преобладающей группы членовъ общественнаго союза, чтобы извѣстный обычай обязательно соблюдался всѣми членами союза [2]). Обычное право безусловно обязательно поэтому не только въ силу заведеннаго порядка, традиціи, что такъ поступали отцы и дѣды (mores majorum) [3]), въ силу продолжительности примѣненія [4]), въ силу общности обычая [5]), или всеобщаго признанія [6])—всѣ эти факторы могутъ обусловить и дѣйствіе простого, неюри-

[1]) Сергѣевичъ: Опыты изслѣдованія обычнаго права (Наблюдатель 1882 г. № 1 и 2).

[2]) Ср. Merkel: Jur. Encyklopädie 1900 § 43.

Гамбаровъ: Право въ его основныхъ элементахъ (въ Сборникѣ по обществ. и юридич. наукамъ. Вып. I, 1899 стр. 45).

Thon: Rechtsnorm und Subjectives Resht 1878 стр. 1.

[3]) Петражицкій: Очерки философіи права 1900 Вып. I. Стр. 26—27.

[4]) Adickes: Zur Lehre von den Rechtsquellen стр. 187.

Zittelman: Gewohnheitsrecht und Irrthum 443.

Dernburg: Pandekten 1 § 26.

[5]) Коркуновъ: Лекціи по общей теоріи права. 1894 стр. 292.

[6]) Bierling: Jur. Principienlehre сер. 45 сл.

дическаго обычая, но потому, что въ обычномъ правѣ проявляется именно, какъ и во всякой нормѣ права, элементъ властной, повелѣвающей воли: масса людей не только желаетъ, но и требуетъ, чтобы въ извѣстныхъ случаяхъ примѣнялась такая-то норма, даже къ тѣмъ, кто ея не сознаетъ или просто отрицаетъ ея существованіе или обязательную силу. Отсюда народныя русскія пословицы: «Повальный обычай, что царскій указъ», «Противъ обычая не спорь». Это коллективный приказъ, особенно рѣзко проявляющій свой властный характеръ въ моменты уголовной репрессіи. Убѣжденіе, сознаніе въ обязательной силѣ такой то нормы обычнаго права (совпаденіе внутренней и внѣшней нормы) можетъ быть даже не у всѣхъ лицъ, къ которымъ она примѣняется, но лишь у преобладающей, наиболѣе авторитетной группы членовъ извѣстной общественной единицы, къ другимъ же членамъ этой общественной единицы норма обычнаго права примѣняется исключительно какъ внѣшняя норма, независимо отъ того соотвѣтствуетъ ли она или нѣтъ ихъ внутреннимъ интуитивнымъ нормамъ.

Раціоналенъ-ли этотъ приказъ или нѣтъ, въ какой мѣрѣ участвовалъ первоначально въ выработкѣ обычно правовой нормы безсознательный или сознательный элементъ, это все равно: такъ хочетъ масса и тутъ дѣйствительно уже воля народа (въ смыслѣ авторитетной группы) есть высшій законъ «populi voluntas suprema lex» и, какъ сплошь и рядомъ въ жизни бываетъ, сила солому ломитъ [1]). Наше послѣднее выраженіе не покажется слишкомъ рѣзкимъ, особенно если мы вспомнимъ крайнюю суровость и отсталость многихъ юридическихъ обычаевъ, что дало даже поводъ г. Петражицкому считать твердость обычноправовыхъ нормъ тормазомъ гуман-

---

[1]) Въ этомъ уже и заключается волевой характеръ обычноправовой нормы, какъ велѣнія.

Contra Коркуновъ: Лекціи общей теоріи права 1894 стр. 120.

Также Zittelman Irrthum und Rechtgeschäft 1879 стр. 200—229.

наго развитія человѣчества [1]). Если не принять во вниманіе указанный нами внѣшне повелительный характеръ обычнаго права, то его нельзя отличить отъ простыхъ, неюридическихъ обычаевъ, не имѣющихъ характера безусловной обязательности.

Въ международномъ правѣ этотъ властный характеръ права не такъ ярко выражается. Члены международнаго союза—государства нелегко жертвуютъ своей независимостью, но и въ международномъ правѣ, несмотря на его шаткость, мы видимъ выраженіе коллективной воли членовъ международнаго союза, импонирующей всѣмъ ея нарушителямъ и обязательной для всѣхъ отдѣльныхъ его членовъ. Чтобы выработалась такая согласная воля, нужно, конечно, немало времени, но разъ она образовалась, то и оказываетъ давленіе на отдѣльныхъ членовъ подобно тому, какъ это происходитъ въ обычномъ правѣ, дѣйствующемъ внутри государствъ.

Вопросъ въ томъ, чтобы сдѣлать выраженіе этой воли болѣе организованнымъ и дѣйствительнымъ, на что и направлены всѣ старанія современныхъ дѣятелей въ области международнаго права.

На чемъ основывается юридическая обязанность международныхъ договоровъ для самихъ государствъ, какъ не на этомъ общемъ правилѣ,—выраженіи авторитетной коллективной воли членовъ международнаго союза, вызванной требованіями самой жизни, международной обычноправовой нормы, что договоры должны быть соблюдаемы «pacta sunt servanda» [2]).

---

[1]) См. статьи въ „Правѣ за 1899 г.

Ср. однако Никоновъ: Земля, община и X томъ (Журналъ Мин. Юстиціи іюнь 1902), гдѣ авторъ доказываетъ необходимость для законодателя сообразоваться съ обычно-правовымъ воззрѣніемъ народа.

Ср. Также Таганцевъ: Правополагающіе источники въ нихъ взаимныхъ отношеніяхъ въ уголовномъ правѣ, журн. „Право“ № 4 и 5, 1902 г.

[2]) Ср. Merkel: Jur. Encykl. 1900 стр. 55, § 121.

Bierling: Jur. Principienlehre 1894. B. I, стр. 31.

Pfenninger: Der Rechtsbegriff und seine Anwendung auf das Völkerrecht

Итакъ, мы приходимъ къ заключенію, что право съ формальной стороны представляетъ собой совокупность безусловно повелительныхъ нормъ, исходящихъ отъ внѣшняго авторитета и опредѣляющихъ отношенія общежитія. Обязательная сила правовыхъ нормъ основывается на признанной или фактически установившейся зависимости людей отъ внѣшняго авторитета, диктующаго имъ правила поведенія. Обычное право и законодательство содержатъ въ себѣ, именно такія нормы, различающіяся только по способу образованія, формѣ ихъ выраженія, а также по характеру того внѣшняго авторитета, отъ котораго нормы исходятъ. Что касается положеній науки права, рѣшеній судебныхъ мѣстъ, поскольку они являются лишь примѣненіемъ обычнаго права и закона и не превращаются сами въ обычное право, далѣе всѣ личныя убѣжденія, какого-бы они ни были характера, такъ называемыя субъективныя (или интуитивныя нормы), ни для кого другого необязательныя, не представляютъ собой права, а только сужденія о томъ, чѣмъ должны быть нормы права, или же о томъ, что содержится въ нихъ, чего онѣ требуютъ, или же личныя нравственныя нормы людей. Лишь тогда, когда эти сужденія получатъ характеръ повелительныхъ нормъ, предписаній внѣшняго авторитета, они станутъ правомъ.

Противъ ученія, что право является нормами, исходящими отъ внѣшняго авторитета, возражаютъ, что самый такой авторитетъ состоитъ ни въ чемъ иномъ, какъ въ его правѣ предписывать, связывать членовъ общества обязательными правилами поведенія. Слѣдовательно, такое право обусловлено иною высшею формою права, изъ коего истекаютъ правомочія всѣхъ человѣческихъ властей; будучи само источникомъ и условіемъ всякаго внѣшняго авторитета, всякаго позитивнаго права,

---

Eine rechtsphilosophische Untersuchung (въ Archiv. f. öffentl. Recht. Laband und Stoerk 1902 стр. 17, 358 сл.

Triepel: Völkerrecht und Landesrecht 1897 стр 79.

это первоначальное высшее право не обусловлено само никакимъ внѣшнимъ авторитетомъ, а само въ себѣ заключаетъ источникъ своей обязательной силы [1]).

«Въ основѣ всякаго положительнаго права говоритъ напримѣръ, проф. кн. Е. Н. Трубецкой, лежитъ первоначальное право—право общества господствовать надъ личностью, связывать ея волю своими предписаніями; въ основѣ всякой положительно правовой обязанности лежитъ первоначальная обязанность—обязанность личности подчинять свои цѣли цѣлямъ общежитія, ограничивать ради него свою волю тѣми или другими нормами. За устраненіемъ того первоначальнаго права, на которомъ утверждаютъ свои полномочія законодатели, во имя котораго повелѣваетъ всякій внѣшній авторитетъ, долженъ рухнуть всякій правовый порядокъ» [2]).

Но какъ возникло и въ чемъ состоитъ это «первоначальное право?» «Въ основѣ всякаго положительнаго права, отвѣчаетъ авторъ, лежитъ матефизическое предположеніе такой обязанности и такого права, которое логически предшествуетъ всякому конкретному правопорядку. Это первоначальное право не есть фактъ, а постулатъ, идея разума, которая съ одной стороны обусловливаетъ всѣ конкретные правовые факты, а съ другой стороны, когда превышаетъ фактическую дѣйствительность, никогда не покрывается ею. Идея эта сверхопытна, сверхчувственна и, слѣдовательно,—по самому существу своему мегафизична». Въ виду этого вопросъ о существѣ права приводитъ, по мнѣнію проф. Трубецкого, къ проблемѣ права разума или такъ называемаго естественнаго права. Естественное право составляетъ необходимое предположеніе всякаго правового сознанія. Крушеніе

---

[1]) См. Кн. Е. Н. Трубецкой „Философія права проф. Петражицкаго“ въ журналѣ „Вопросы философіи“... кн. 57 стр. 28 сл.

Чичеринъ: Курсъ государственной науки 1894 ч. I стр. 30.

[2]) Трубецкой тамъ же стр. 31.

прежнихъ естественноправовыхъ ученій только ставитъ намъ задачу—выяснить причины этого крушенія и устранить старыя заблужденія, затемнившія сущность естественнаго права. Въ виду всего этого проф. Трубецкой вооружается противъ теорій позитивнаго права, которыя онъ причисляетъ къ «позитивнымъ предразсудкамъ, къ антифилософскому позитивизму» [1]).

Постараемся теперь разобраться въ этихъ возраженіяхъ, сдѣланныхъ позитивной теоріи права. Это тѣмъ болѣе необходимо, что въ наше время вновь обнаруживается, какъ мы замѣтили выше, у цѣлаго ряда ученыхъ стремленіе возвратиться къ идеѣ естественнаго права, хотя и въ измѣненномъ видѣ.

Мнѣніе, что самый внѣшній, общественный авторитетъ заключается въ правѣ предписывать обществу обязательныя правила, и потому самъ предполагаетъ существованіе права, на которомъ онъ основанъ, вѣрно лишь постольку, поскольку дѣло касается организованной общественной власти, какъ напр. въ государствѣ. Здѣсь самое право носителя власти, законодателя, издавать правовыя нормы зиждется на законахъ, на конституціи, или установлено издавна обычнымъ правомъ страны. Извѣстно, напримѣръ, что полномочія верховной власти въ Англіи и теперь основаны на обычномъ правѣ страны (common law). Вѣрно и то, что исторически всякая власть въ обществѣ лишь тогда обращалась въ общественномъ сознаніи въ правомѣрную, когда ея фактическое господство и авторитетъ санкціонировались правомъ. Такимъ на первыхъ ступеняхъ развитія государства могло быть, конечно, только обычное право, какъ единственно дѣйствовавшее. Но мы и не говоримъ, что организованная власть является тѣмъ внѣшнимъ авторитетомъ, отъ котораго исходятъ или отъ котораго получаютъ свою обязательную силу нормы обычнаго

---

[1]) Тамъ же стр. 33.

права. Государственная власть является такимъ источникомъ лишь для юридическихъ исходящихъ отъ нея самой нормъ т. е. законовъ. Нормы же обычнаго права исходятъ не отъ авторитета, правомъ созданнаго, а отъ фактически установившагося авторитета. Образованіе такого авторитета вовсе не обусловлено какимъ-либо правомъ. Авторитетъ — это то, предъ чѣмъ мы преклоняемся, чему повинуемся, что уважаемъ. Этотъ авторитетъ можетъ быть основанъ не только на предписаніяхъ права, но на религіозныхъ, моральныхъ воззрѣніяхъ, или на чувствѣ уваженія, вызванномъ экономическою, интеллектуальною и часто даже физическою силой лица или группы лицъ.

Авторитетъ основателя религіи, авторитетъ великаго мыслителя, завоевателя, авторитетъ родителей въ отношеніи къ дѣтямъ, авторитетъ кудесниковъ, жрецовъ, авторитетъ такъ называемыхъ мудрѣйшихъ, добрѣйшихъ, старѣйшихъ людей въ общественныхъ союзахъ, авторитетъ касты, общественной группы, образуется фактически, въ силу самыхъ разнообразныхъ причинъ и не предполагаетъ непремѣнно для своего образованія существованіе юридическихъ нормъ, предписывающихъ подчиненіе и признаніе этого авторитета. Правовая санкція такого авторитета послѣдовала уже позже и слѣдующимъ образомъ: постоянное, хотя бы даже въ силу страха, повиновеніе предписаніямъ фактически установившагося авторитета порождаетъ въ людяхъ представленіе, что такъ и должно быть, другими словами, что авторитетъ, отъ котораго исходятъ правовыя нормы, самъ основанъ на правѣ, отсюда нормативная сила фактовъ, образующая убѣжденіе въ правомѣрности извѣстнаго состоянія.

Справедливо замѣчаетъ Еллинекъ, что искать основаніе нормативной силы фактовъ въ сознательной или безсознательной разумности было бы совершенно превратно. Фактическое можетъ быть осмыслено позднѣе, но его нормативное значеніе заключается въ первоначальномъ свойствѣ па-

шей природы, въ силу котораго уже совершонное, психологически и физически легче воспроизводится чѣмъ новое [1]).

Для пониманія развитія права и нравственности это признаніе нормативной силы факта, говоритъ Еллинекъ, имѣетъ огромное значеніе. Приказаніямъ духовныхъ или государственныхъ авторитетовъ сперва повинуются изъ страха или изъ другихъ мотивовъ, и отсюда развивается представленіе, что часто повторенный приказъ самъ по себѣ, независимо отъ своего источника, въ силу своей внутренней, обязывающей силы, является правиломъ, которому должно повиноваться, нравственной нормой.

Всякая императивная религіозная мораль основываетъ свои положенія на томъ, что она представляетъ собой содержаніе воли безусловно признаннаго авторитета.

Обоснованіе древне-еврейской этики гласитъ: «Ибо Азъ есмь Господь Богъ вашъ».

Древнѣйшія религіозныя формулированія этическихъ нормъ всегда выражены въ абсолютной формѣ: онѣ снабжены санкціями, но не мотивами, ихъ оправданіе лежитъ въ самомъ ихъ бытіи. Еще рѣзче выдѣляется нормативный характеръ факта въ возникновеніи права. У каждаго народа правомъ вначалѣ считается то, что фактически примѣняется, какъ таковое. Постоянное примѣненіе порождаетъ представленіе о согласіи фактическаго состоянія съ нормой и такимъ образомъ сама норма разсматривается какъ авторитетное велѣніе общественнаго союза, какъ правовая норма [2]).

Еллинекъ находитъ въ этомъ разрѣшеніе проблемы обычнаго права. Обычное право вытекаетъ не изъ народнаго духа, не изъ убѣжденія въ томъ, что нѣчто въ силу своей внутренней необходимости представляетъ право, не изъ молчаливаго акта воли народа, но возникаетъ изъ общаго психическаго свойства признавать нормой то, что по-

---

[1]) Iellinek: Das Recht des modernen Staates. 1900. B. I. стр. 308.

[2]) Iellinek: Das Recht d. mod. St. стр. 309.

«идеальнаго» права—мы отрицаемъ. Но принимая лишь позитивное опредѣленіе права, мы отнюдь далеко не относимся такъ отрицательно къ естественноправовой доктринѣ, какъ это дѣлаютъ многіе позитивисты.

Замѣчательна судьба идеи естественнаго права! Пройдя съ такимъ блескомъ цѣлое тысячелѣтіе культурной жизни человѣчества, эта идея была смята торжествующимъ теченіемъ историзма и позитивизма въ 19-мъ вѣкѣ. Казалось, она должна быть окончательно сдана въ архивъ науки. Но вдругъ, въ концѣ 19-го и началѣ 20-го вѣка идея естественнаго права оживляется, получаетъ новую, болѣе научную форму, и обновленная, поддерживаемая видными представителями науки права, вновь поднимается на бой съ своимъ торжествующимъ противникомъ, позитивизмомъ и историзмомъ, требуя отчета въ попраніи своихъ правъ и возвращенія своего утраченнаго значенія въ правовой жизни человѣчества. Отнестись пренебрежительно къ этому возрожденію естественноправовой идеи юристъ—позитивистъ не можетъ. Нельзя не призадуматься надъ причинами столь замѣчательной живучести и силы этой идеи; уже одно это наводитъ на мысль, что естественноправовая доктрина не представляла собой лишь одно сплошное заблужденіе, она заключала въ себѣ и цѣнныя качества, которыми несправедливо пренебрегли ея противники. И эти цѣнныя стороны заключались въ широкой идеологической критикѣ положительнаго права и въ постоянномъ стремленіи осуществить въ жизни правовые идеалы культурнаго общественнаго сознанія, внести этическіе элементы справедливости и любви къ ближнему въ повседневную и часто весьма суровую дѣятельность правового механизма.

Мы имѣемъ въ виду посвятить особую работу разсмотрѣнію существа естественноправовой идеи и ея значенія для юриспруденціи. Здѣсь же пока ограничимся замѣчаніемъ, что не слѣдуетъ, во всякомъ случаѣ, повторять,

ошибки естественноправовой доктрины и вводить старый дуализмъ въ единое понятіе права, разбивая его на два разнородныхъ явленія: право положительное и право естественное, раціональное.